



Universidad de Chile

Facultad de Derecho

Departamento de Derecho Privado

**INTEGRACIÓN CONVENCIONAL DE LA TEORÍA DE INCUMPLIMIENTO
CONTRACTUAL POR REPUDIACIÓN ANTICIPADA DEL CONTRATO.**

Memoria de prueba para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y
sociales

AUTOR: OCTAVIO DEL FAVERO BANNEN.

PROFESOR GUÍA: RICARDO REVECO URZÚA

Santiago, Chile

2013

TABLA DE CONTENIDOS.

I. INTRODUCCIÓN.

II. ESTADO ACTUAL DE NUESTRO ORDENAMIENTO EN MATERIA DE REMEDIOS, CRÍTICAS Y PROPUESTAS AL MISMO.

- i) Introducción.
- ii) Estado Actual.
- iii) Críticas.
- iv) Propuestas.

III. CONCEPTO Y TEORÍA DEL INCUMPLIMIENTO ANTICIPADO.

- i) Introducción.
- ii) Concepto.
- iii) Orígenes e Historia.
- iv) Fundamento.
- v) Alcances.

a) Distinción entre renuencia a cumplir e imposibilidad.

b) ¿Cuándo hay repudiación?

- c) *Límite al acreedor: deber de mitigar daños.*
- d) *Derecho de retractación – Límites.*
- e) *Excepciones a la aplicación de la Teoría.*
- f) *Cómputo de la Prescripción Extintiva o Statute of Limitation en los casos de Incumplimiento por repudiación anticipada.*
- g) *Resumen.*
- vi) **Derechos del acreedor ante el incumplimiento anticipado.**
 - a) *Excusa de cumplimiento.*
 - b) *Operación de reemplazo.*
 - c) *Restitución.*
 - d) *Cumplimiento en especie o Specific Performance.*
 - e) *Indemnización de perjuicios.*
 - f) *Terminación o Resolución del contrato.*

IV. CASOS DE POSITIVIZACIÓN Y ESTUDIO DEL REMEDIO DE INCUMPLIMIENTO ANTICIPADO A NIVEL INTERNACIONAL.

- i) **Introducción.**
- ii) **Convención de las Naciones Unidas sobre la compraventa internacional de mercaderías.**
- iii) **Uniform Commercial Code (UCC).**
- iv) **Código Civil Alemán: *BürgerlichesGesetzbuch* oBGB.**

- v) Propuesta de modernización del derecho de las obligaciones y contratos del Código Civil Español.
- vi) Conclusiones.

V. INTEGRACIÓN CONVENCIONAL DE LA TEORÍA DE INCUMPLIMIENTO ANTICIPADO AL CONTRATO.

- i) Introducción.
- ii) El Pacto Comisorio.
- iii) Licitud de la cláusula.
- iv) Cláusula modelo.

VI. CONCLUSIONES FINALES.

VII. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN.

Este trabajo tiene por objeto de estudio la Teoría de Incumplimiento contractual por repudiación anticipada. Dicha Teoría tiene su origen en la tradición jurídica del *commonlaw*, pero se ha ido abriendo paso a su internacionalización e incluso a su acogida en ordenamientos de tradición continental o francesa.

Dicho estado de cosas, sumados al hecho de que nuestro sistema de remedios contractuales se ha vuelto cada vez más ineficiente para dar respuestas a las partes afectadas por el incumplimiento, que se hace oportuno y necesario el estudio de nuevas alternativas en la materia.

A nuestro entender, la Teoría de Incumplimiento Anticipado se constituye como una solución efectiva a problemas que frecuentemente se presentan en las relaciones contractuales. Es por lo dicho, que hemos intentado ofrecer un marco dentro del cual las partes podrán acceder a los beneficios de la Teoría mediante el acuerdo expreso de ciertas cláusulas que recogen los principios que la doctrina y ordenamientos modernos le han otorgado a la doctrina en estudio.

I. INTRODUCCIÓN.

En el presente trabajo se abordará uno de los temas que más atención se le está dando en la doctrina Derecho Civil nacional: los efectos del incumplimiento. Como veremos más adelante con mayor detalle, está en pleno desarrollo un movimiento que tiene por objeto someter a un examen crítico nuestras instituciones civiles relativas a los contratos y, en especial, en lo relativo a lo que, generalmente, denominamos los efectos de las obligaciones.

Ya son varios países los que se encuentran, con mayores o menores avances, en un proceso equivalente. Es decir, en uno que pretende armonizar las normas legales con la evolución del derecho comparado de las obligaciones, en términos que las disposiciones de los distintos códigos civiles se encuentren en línea con las necesidades que el tráfico jurídico exige hoy. Como se dijo, en nuestro país encontramos a un grupo de académicos que están dando los primeros pasos para avanzar en dicha dirección, estudiando lo que ha sido el proceso en otras latitudes, realizando un examen crítico de las disposiciones contenidas en el Código Civil y sugiriendo los cambios que permitirían ponerlo a tono con los ordenamientos más modernos en la materia.

Dado lo anterior, resulta de vital importancia comenzar el estudio de las diversas soluciones que se han dado en otros ordenamientos y sistemas a los

problemas con que las partes se encuentran ante el incumplimiento. En ese contexto, la Teoría del Incumplimiento Anticipado se ha constituido como una solución de gran desarrollo e importante expansión. En efecto son varios los ordenamientos que han reconocido la Teoría entre sus disposiciones. Por lo tanto, el contacto con dicha Teoría debería ser cada vez más frecuente, especialmente si tenemos en consideración que se encuentra contemplada, como remedio contractual, en la Convención de las Naciones Unidas sobre Compraventa Internacional de Mercaderías, la que fue ratificada por el Estado chileno.

La Teoría del Incumplimiento Anticipado es la que otorga al acreedor el derecho de recurrir a los diversos remedios contractuales que el ordenamiento le franquea, cuando, con anterioridad a la exigibilidad de la obligación del deudor, se hace evidente, a los ojos de una persona razonable, que la parte obligada no quiere o no puede cumplir con lo prometido. Por el hecho de que una conceptualización como la anterior puede resultar desconcertante en un sistema como el nuestro, es importante señalar, desde ya, que los requisitos para la operatividad de los efectos de la Teoría son muy exigentes, por lo que las posibilidades de que un acreedor abuse de dicho derecho son limitadas.

Sin perjuicio de la importancia de aproximarnos a lo que es la construcción doctrinal y legal que ha tenido la Teoría de Incumplimiento Anticipado alrededor del mundo, hemos dado un paso más en el estudio de la misma con el objeto de proponer una fórmula contractual que permita acceder a

sus beneficios, a pesar de que ella no se encuentra contemplada en nuestro Código Civil. Consideramos que la importancia de dicho ejercicio radica en tener la posibilidad de explorar cuáles serían los efectos concretos de incorporar una institución como ésta y, además, en otorgar una nueva herramienta a las partes para efectos de que éstas encuentren una mayor satisfacción a sus intereses en la relación contractual.

La estructura en la que se desarrollará lo expuesto es la siguiente:

Primero, analizaremos los principales comentarios, críticas y propuestas que se han hecho de nuestro sistema de remedios. La idea es poder observar cuáles son los problemas con los que se enfrentan las partes en dicho plano y cuáles, según la doctrina, son las causas y orígenes de los mismos. Este examen es necesario para saber en qué contexto es en el que se enmarca el presente trabajo, lo que permite identificar cuáles son sus objetivos: el estudio y análisis de una institución, no contemplada en nuestro ordenamiento, que puede dar soluciones concretas a problemas que se presentan al interior de una relación contractual, con el objeto de que se constituya como una alternativa o aporte en el debate acerca de la modernización de nuestro sistema de remedios.

Luego, estudiaremos la Teoría del Incumplimiento Anticipado conforme a lo que ha sido su desarrollo doctrinal al interior de la tradición jurídica anglosajona, en cuyo seno tuvo su origen. La idea es familiarizarnos con los que ha sido su desarrollo, concepto, fundamentos y alcances. En este capítulo

se pretende hacer un resumen, lo más claro posible, de cuáles han sido los aportes doctrinales más relevantes a la Teoría, desde su creación hasta hoy.

En el Capítulo IV, se estudiará algunos de los casos en que la Teoría ha sido acogida por ordenamientos positivos o casos en que se encuentra en vías de serlo. Esto es relevante para constatar que el reconocimiento cada vez más extendido de la Teoría, comprueba su utilidad práctica para resolver problemas concretos de las partes de una relación contractual determinada. También es relevante observar las fórmulas que los legisladores han escogido para efectos de llevar a cabo dicho reconocimiento de la forma más efectiva posible.

En el Capítulo V estudiaremos la posibilidad de incorporar la Teoría de Incumplimiento Anticipado a un contrato celebrado y regido por ley chilena. Sugeriremos que la forma más efectiva de hacerlo es mediante un Pacto Comisorio incorporado como cláusula accidental al contrato por las partes. Sostendremos que dicha técnica contractual se constituye como un mecanismo legítimo y efectivo para que las partes puedan acceder a los beneficios que la Teoría ofrece.

Por último, las conclusiones, y podemos adelantar que sostenemos que la Teoría es una de importante valor práctico, porque otorga soluciones eficientes a problemas contractuales frecuentes. También diremos que la Teoría es justa, ya que sus fundamentos son los de evitar daños ilegítimos en el patrimonio del acreedor, además de que sus presupuestos de operatividad son considerablemente exigentes, lo que permite evitar el uso arbitrario de la

institución. En último término, concluiremos que la utilización del Pacto Comisorio por las partes para efectos de acceder a los beneficios de la Teoría, es posible, útil y lícito.

II. ESTADO ACTUAL DE NUESTRO ORDENAMIENTO EN MATERIA DE REMEDIOS, CRÍTICAS Y PROPUESTAS AL MISMO.

i) Introducción.

En la actualidad, doctrinalmente hablando, nos encontramos ante un proceso de revisión crítica a nuestro sistema de remedios. Lo anterior tiene su origen en la evolución del tráfico jurídico, el cual ha mutado desde la dictación de nuestro Código Civil, y del influjo doctrinal y teórico que significa la convivencia de nuestro sistema continental con el sistema anglosajón, mediante la contratación internacional y los tratados internacionales que la regulan¹. Este estado de las cosas ha llevado a realizar un análisis crítico de nuestro sistema de remedios, ya sea desde el punto de vista positivo o de las aproximaciones doctrinales que se han hecho al mismo. Es por lo señalado que en esta sección analizaremos brevemente cuál es el estado actual de nuestro ordenamiento y

¹ Importantes han sido los cambios que se han producido en legislaciones de tradición continental como la del BGB alemán, el nuevo Código Civil Holandés, así como la tendencia doctrinal y jurisprudencial en España. Por su parte, también ha sido relevante la influencia de la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías, así como los Principios de Derecho Europeo de los Contratos y los principios Unidroit. Al respecto véase PANTELEÓN Prieto, Fernando. 1993. *Las nuevas bases de la responsabilidad contractual*. Anuario de Derecho Civil 46(4): 1720-1721.

doctrina en la materia y cuáles son las críticas y propuestas que se han esbozado acerca de los mismos.

ii) Estado Actual.

Tradicionalmente se ha denominado como efecto de las obligaciones a lo que, en el derecho anglosajón, se llama *remedies* o remedios contractuales². Estos serían los derechos con los que cuenta el acreedor en caso de que se produzca el incumplimiento de la obligación por parte del deudor. Así, Alessandri define los efectos de las obligaciones como: “(...) los derechos que la ley confiere al acreedor, para exigir del deudor su cumplimiento exacto, íntegro y oportuno de la obligación, cuando éste no la cumpla en todo o en parte, o está en mora de cumplirla.”³

El concepto dado ha sido criticado doctrinalmente por no considerar dentro de su definición lo que es el efecto más común y corriente de una obligación, a saber, el pago⁴. Esto es la prestación de lo que se debe⁵. Es por lo

² VIDAL Olivares, Álvaro, *El cambio de paradigma en el incumplimiento contractual*. En: CARVAJAL, Patricio y MIGLIETTA, Massimo (coordinadores). *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Alejandro Guzmán Brito*. 2011, (en prensa). p. 15.

³ Alessandri en ABELIUK Manasevich, René. 2008. *Las Obligaciones*. 5ta Edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, p. 609.

⁴ Ibid; También en RAMOS Pazos, René. 2004. *De las obligaciones*. Santiago, Lexis Nexis, p. 230.

⁵ Así lo señala nuestro Código Civil en su artículo 1568: “El pago efectivo es la prestación de lo que se debe.”

señalado que se ha ido introduciendo en la doctrina el concepto de remedios⁶ o efecto impropio de las obligaciones, para referirse a lo que tradicionalmente se ha llamado efectos de las obligaciones, que serían el conjunto de alternativas que el ordenamiento da al acreedor para satisfacer su interés en el evento de que el deudor incumpla con la obligación. De esta forma, los derechos que se hacen parte del haber del acreedor víctima de un incumplimiento, son un catálogo complejo de alternativas a las cuales éste puede recurrir en búsqueda de la satisfacción de sus intereses comprometidos en la relación jurídica.

La construcción de nuestro sistema de remedios está hecha en base a las obligaciones de dar una especie y cuerpo cierto.⁷ Lo que se explica por el hecho de que a la época de dictación del Código, cuantitativamente hablando, la regla general en el tráfico eran obligaciones de dar especies o cuerpos ciertos que tenían como fuente contratos unilaterales, situación que ha cambiado en la actualidad.⁸

⁶ Véase PIZARRO Wilson, Carlos. 2008. *Hacia un sistema de remedios al incumplimiento contractual*. En: GUZMÁN Brito, Alejandro (coordinador), Estudios de Derecho Civil III: "Jornadas Nacionales de Derecho Civil Valparaíso 2007", Santiago, Lexis Nexis, p.397; El profesor PANTALEÓN se refiere a remedios como medios de tutela con los que cuenta el acreedor para el evento de que se cualquier desviación del programa contractual. En PANTALEÓN Prieto, Fernando. *Op. Cit.* pp. 1720-1721.

⁷ VIDAL afirma al respecto: "En la teoría general de las obligaciones – a pesar de la existencia de normas que de modo programático declaran, sin distinción, que toda obligación consiste en dar, hacer o no hacer una alguna cosa (artículo 1460 CC.) – todo el peso descansa en las obligaciones de dar y dentro de ellas, no en todas, sino en las de dar una especie o cuerpo cierto y, también, por qué no decirlo, en las dinerarias." En VIDAL Olivares, Alvaro, *El incumplimiento de obligaciones con objeto fungible y los remedios del acreedor afectado. Una relectura de las disposiciones del Código Civil sobre incumplimiento*. En: GUZMÁN Brito Alejandro. (editor), *El Código Civil de Chile (1855-2005)*, Santiago, Lexis Nexis, 2007, p. 498.

⁸ VIDAL Olivares, Álvaro, 2011. *Op. Cit.* p. 3 y ss.

En segundo lugar, y en cuanto a los remedios disponibles para el acreedor una vez que se produce el incumplimiento, se ha sostenido que en nuestro ordenamiento existe una preeminencia del cumplimiento forzado de la obligación, por sobre las demás alternativas que da el Código Civil.⁹ Esto significa que el acreedor no puede optar libremente por el remedio que más conveniente le parezca para la satisfacción de sus intereses, sino que debe priorizar la ejecución forzada de la obligación. Bajo esta lógica, sólo en el evento de que ésta no sea posible, se podrá recurrir a las demás alternativas que le franquea el ordenamiento.

Dicha afirmación nos obliga a la observación detenida y clara de las disposiciones contenidas en nuestro Código, para efectos de dilucidar su verdadero alcance. En dicho examen es posible observar que, en el caso de las obligaciones que tienen su origen en un contrato bilateral, conforme a lo establecido en el artículo 1489 del Código Civil, los acreedores pueden optar por la ejecución forzada de la obligación o por la resolución del contrato, ambas con indemnización de perjuicios (moratorios y/o compensatorios según corresponda). En el caso de las obligaciones de hacer, el artículo 1553 otorga al acreedor la alternativa de solicitar apremios contra el deudor para el cumplimiento forzado, autorización para que la obligación sea ejecutada por un tercero a expensas del deudor o la indemnización de perjuicios resultantes de la infracción del contrato en juicio ordinario. Por último, en el caso de las

⁹ ABELIUK Manasevich, René. *Op. Cit.* p. 610; RAMOS Pazos, René. *Op. Cit.* pp. 231 y 232.

obligaciones de no hacer, en el artículo 1555 el ordenamiento otorga al acreedor el derecho de que se le indemnicen los perjuicios, salvo que la cosa hecha se pueda destruir y ello sea necesario para el objeto que se tuvo en mira al momento de celebrarse el contrato.

Por lo tanto, la regla de preferencia sostenida por la doctrina nacional, “sólo” sería efectiva para las obligaciones de dar que tengan como fuente un acto jurídico de naturaleza unilateral. Esto se justificaría en el hecho de que el deudor no puede ser obligado al pago de una cosa diferente a la que se comprometió inicialmente. Si la regla fuera diversa y se permitiera al acreedor exigir alternativamente el cumplimiento forzado o la indemnización de perjuicios, se rompería con la regla general de que las obligaciones son puras y simples y no están sometidas a modalidad alguna, como lo sería una obligación alternativa. Por lo tanto, la regla general deviene en especial, cuantitativamente hablando. Sin embargo, sigue siendo la regla general en el entendido de que, salvo que exista regla especial, el acreedor debe accionar en búsqueda del cumplimiento forzado de la obligación con preferencia de las demás alternativas que ofrece el ordenamiento, pudiendo recurrir a éstas cuando no sea posible la ejecución en naturaleza de la obligación. Esto por lo ya dicho: nuestro sistema está configurado a partir de las obligaciones de dar una especie o cuerpo cierto y las normas relativas a ese tipo de obligación son las que constituyen la regla supletoria.

Como ya hemos indicado, las demás alternativas con las que cuenta el acreedor son la indemnización de perjuicios por responsabilidad contractual (art. 1489; 1553; 1555), la resolución (art. 1489) y la excepción de contrato no cumplido (art.1552). A dichos remedios se podrá recurrir siempre que se cumplan los presupuestos establecidos por la ley para su procedencia (e.g. naturaleza del contrato; culpa; daños; etc.)

iii) Críticas.

Nuestro ordenamiento dista de ser uno que ofrezca un catálogo sistematizado de alternativas al acreedor para el evento del incumplimiento.¹⁰ Por el contrario, es uno más bien disperso y confuso. Siendo necesario realizar una serie de preguntas y revisión de supuestos para determinar cuál es la acción con la cual cuenta el acreedor, para efectos de buscar la satisfacción de su interés.¹¹ A esto se suma la falta de una teoría general de las obligaciones sinalagmáticas y de los efectos de su incumplimiento.¹²

El hecho de que nuestro sistema de remedios esté configurado a partir de las obligaciones de dar una especie o cuerpo cierto, produce un desajuste entre las normas de nuestro código y lo que se observa en el tráfico jurídico

¹⁰ Sobre la necesidad de un sistema unitario y organizado de remedios: PANTALEÓN Prieto, Fernando. *Op. Cit.* pp. 1720-1721.

¹¹ BARROS Bourie, Enrique. 2008. *Finalidad y alcance de las acciones y los remedios contractuales*. En: GUZMÁN Brito, Alejandro (coordinador), Estudios de Derecho Civil III: "Jornadas Nacionales de Derecho Civil Valparaíso 2007", Santiago, Lexis Nexis, pp. 406-407.

¹² VIDAL Olivares, Alvaro. 2007. *Op. Cit.* pp. 499 y 500.

actual, donde la regla general son contratos de dar especies indeterminadas de géneros determinados y contratos de prestación de servicios.¹³ En la actualidad somos testigos de cómo la mayor parte de los contratos tienen como objeto obligaciones de hacer (contratos de servicios) o de dar cosas corporales muebles fungibles (especies indeterminadas de géneros determinados). Dicho estado de cosas hace necesario que nuestro sistema supletorio de remedios se adapte a la nueva realidad, atendiendo a los problemas propios que tienen las obligaciones que actualmente priman en el tráfico jurídico.¹⁴

Dicho estado de cosas ha dado lugar a críticas referidas al contenido mismo de nuestro ordenamiento en esta materia. Se ha señalado que nuestro ordenamiento restringe en exceso el conjunto de alternativas con las que cuenta el acreedor.¹⁵ Sólo se reconocen al acreedor como remedios, la ejecución forzada y la indemnización de perjuicios.¹⁶ No se trata como remedio contractual, tanto a nivel legal como doctrinal, la posibilidad de resolución del contrato, ni tampoco la excepción de contrato no cumplido contenida en el artículo 1552 del Código Civil.

Otra crítica que aqueja nuestro sistema de remedios es que centra su interés en el deudor, y su estado subjetivo al momento de producirse el

¹³ VIDAL Olivares, Álvaro.2011. *Op. Cit.* pp. 9 y ss.

¹⁴ El profesor BARROS nos advierte de “la necesidad de aumentar el grado de reflexividad acerca de las acciones judiciales y demás remedios extrajudiciales que se entregan al acreedor en caso de infracción contractual. Esta actitud metódica evita que las reglas esenciales del Derecho de los contratos, especialmente las que definen las pretensiones e instrumentos que el Derecho entrega al acreedor, sean analizadas con completa desaprensión del sentido y función del contrato como práctica social valiosa.” BARROS Bourie, Enrique. *Op. Cit.* p. 406.

¹⁵ VIDAL Olivares, Álvaro.2011. *Op. Cit.* p. 4.

¹⁶ VIDAL Olivares, Alvaro. 2007. *Op. Cit.* p. 499.

incumplimiento, por sobre el interés del acreedor afectado por el mismo. De esta forma, lo que ocurre es que existe mayor preocupación por sancionar la culpa del deudor, que satisfacer el interés del acreedor víctima.¹⁷ Lo que se propone es poner el foco en el interés del acreedor ya que “[s]i se asume que el Derecho de los contratos es esencialmente un orden que protege el crédito y que nadie mejor que el acreedor sabe cual es la acción o remedio que mejor cautela el interés contractual insatisfecho, debe entenderse que estas acciones [las que nacen del incumplimiento contractual] dan lugar a una concurrencia acumulativa o, de lo contrario, alternativa de derechos.”¹⁸ De esta forma se pone a disposición del acreedor todos los recursos que el ordenamiento le provea con el objeto de buscar la satisfacción de su interés frustrado. Se han hecho una serie de propuestas para efectos de alcanzar dicho objetivo. Las analizaremos en el siguiente punto.

Dentro del mismo ámbito, se ha criticado también el excesivo campo de acción que tiene la culpa a la hora de dar lugar a los efectos del incumplimiento (e.g. la culpa se constituye como un requisito doctrinalmente construido para la procedencia de los efectos de la condición resolutoria tácita),¹⁹ siendo

¹⁷ VIDAL Olivares, Alvaro.2007. *Op. Cit.* p. 501.

¹⁸ El paréntesis es nuestro. BARROS Bourie, Enrique. *Op. Cit.* p. 407.

¹⁹ Acerca de la necesidad de excluir la culpa como requisito de la resolución, el maestro PANTALEÓN plantea lo siguiente: “que el incumplimiento no sea imputable a la otra parte no es razón suficiente para mantener indefinidamente vinculado a un contratante”. PANTALEÓN Prieto, Fernando, *Op. Cit.* p. 1732.

necesario aislar su esfera de influencia a donde realmente es imprescindible: la indemnización por daños.²⁰

Uno de los puntos en que sale a relucir el hecho de que nuestra legislación tiene escasa preocupación por el interés del acreedor, es la facultad que tiene el deudor de hacer valer la excepción anómala de pago efectivo de la deuda. El demandado puede deducir dicha excepción con posterioridad a la contestación de la demanda, durante todo el juicio, hasta la citación para oír sentencia en primera instancia y hasta la vista de la causa en segunda, y de esa forma enervar la acción deducida en su contra.²¹ Esto se torna especialmente dramático cuando el acreedor se ha visto obligado a recurrir a un juicio declarativo como en el caso de la resolución.²² De esta forma notamos que nuestro Derecho no tiene en cuenta el interés actual del acreedor a la hora de producirse el incumplimiento y a la hora de judicializar la causa, ya que

²⁰ PIZARRO Wilson, Carlos. *Op. Cit.* pp. 501, 502 y 515.

²¹ Así lo señala el artículo 310 inciso primero del Código de Procedimiento Civil: "Art. 310 (300). No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, las excepciones de prescripción, cosa juzgada, transacción y pago efectivo de la deuda, cuando ésta se funde en un antecedente escrito, podrán oponerse en cualquier estado de la causa; pero no se admitirán si no se alegan por escrito antes de la citación para sentencia en primera instancia, o de la vista de la causa en segunda."; En la misma línea el Código Civil en las normas relativas al pago por consignación al señalar en el artículo 1600 inciso final lo siguiente: "Sin embargo, si el acreedor demanda judicialmente el cumplimiento de la obligación o deduce cualquiera otra acción que pueda enervarse mediante el pago de la deuda, bastará que la cosa debida con los intereses vencidos, si los hay, y demás cargos líquidos, se consigne a la orden del tribunal que conoce del proceso en alguna de las formas que señala el artículo 1601, sin necesidad de oferta previa. En este caso la suficiencia del pago será calificada por dicho tribunal en el mismo juicio." Esta ha sido la postura sostenida por la doctrina mayoritaria y por nuestros tribunales, sin embargo el profesor RAMOS sostiene una interpretación diferente, sugiriendo que dicha excepción no puede enervar la acción si el pago no es previo a la notificación de la demanda. Es decir, lo que permite el art. 310 es sólo a interponer la excepción de pago –realizado previamente a la notificación de la demanda- en cualquier estado del juicio, no a pagar en cualquier estado del juicio. Véase RAMOS Pazos, René. *Op. Cit.* pp. 173 y 174.

²² VIDAL Olivares, Alvaro. 2007. *Op. Cit.* p. 504.

siempre da la posibilidad de cumplimiento en naturaleza sin detener su atención en el estado en que se encuentra el acreedor y cuál puede ser el mejor camino para compensarlo.

iv) Propuestas.

En primer término, la idea de crear un concepto unitario, amplio y objetivo de incumplimiento centrado en la insatisfacción del interés del acreedor.²³ En esta línea de ideas el incumplimiento “[e]s un hecho amplio, puesto que para establecerlo basta la simple constatación de la falta de coincidencia entre el objeto ideal –lo inicialmente prometido por el deudor – y el objeto real – lo efectivamente ejecutado por el deudor -; [...] Y es objetivo porque prescinde de su causa, de la valoración de la conducta del deudor, no interesa si se debió o no a un caso fortuito, sino únicamente que el deudor no ejecutó lo prometido y aquello provocó la insatisfacción del acreedor.”²⁴ Este nuevo concepto de incumplimiento pone su énfasis en el acreedor, ya que éste podrá hacer valer los remedios que disponga el ordenamiento al producirse cualquier incongruencia entre lo ejecutado por el deudor y el plan definido por el contrato.

²³ Para PANTALEÓN un concepto amplio de incumplimiento para el caso de la compraventa significa “reconocer legalmente que el programa típico-económico de prestación del vendedor incluye hacer al comprador propietario libre de cargas de una cosa de la calidad, cualidades o propiedades pactadas o, en defecto de pacto, las adecuadas al uso a que normalmente se destina.” Es decir, cualquier desviación de dicho programa da lugar al ejercicio de los remedios de los que provee al ordenamiento al acreedor. PANTALEÓN Prieto, Fernando. *Op. Cit.* pp. 1726-1727.

²⁴ VIDAL Olivares, Álvaro. 2011. *Op. Cit.* p. 15.

Sin duda que cada uno de los remedios tiene sus propios supuestos fácticos que los hacen procedente, por lo tanto aquellos de efectos más extensos estarán reservados para casos en que el incumplimiento del deudor es grave (e.g. resolución) o imputable (i.e. indemnización por daños).

En segundo lugar, se ha propuesto otorgar al acreedor un catálogo amplio de remedios, cada uno con sus respectivos supuestos fácticos y requisitos para su eventual aplicación, dentro del cual el acreedor sea libre de escoger aquel o aquellos (en la medida que no sean incompatibles) que mayor satisfacción actual y legítima le entregue²⁵. Así lo señala el profesor PIZARRO al decir que: “Ante el incumplimiento el enfoque debe colocarse en la satisfacción del interés del acreedor. Por ende, debiera favorecer al acreedor, víctima del incumplimiento, la opción entre la ejecución de la prestación u otro remedio que igualmente conduzca a su satisfacción.”²⁶

En este punto, un aspecto importante es la interpretación que se le ha dado al artículo 1545 del Código Civil, según la cual se entiende que la voluntad declarada en el contrato se perpetúa en el tiempo sin variación alguna y sin consideración de las circunstancias al momento de producirse el incumplimiento y la ejecución, tendiendo, por regla general, a la ejecución de la obligación por

²⁵PANTALEÓN PRIETO propone que un sistema amplio de remedios debe considerar: a) Pretensión de cumplimiento, incluyendo la reparación de vicios o defectos o la sustitución del objeto, y cualquier otra forma de corregir la prestación defectuosa; b) Remedios sinalagmáticos: resolución del contrato, reducción de precio, *exceptio inadimpleti contractus*, resolución anticipada del contrato y la excepción por riesgo de incumplimiento (suspensión de la prestación debido ante el temor de que la otra parte incumpla); c) Remedios indemnizatorios; d) Pretensión restitutoria del enriquecimiento injustificados. PANTALEÓN Prieto, Fernando. *Op. Cit.* pp. 1727-1728.

²⁶ PIZARRO Wilson, Carlos, *Op. Cit.* p. 397.

sobre otras alternativas a las cuales podría recurrir el acreedor, si el sistema de remedios lo permitiera. Al respecto, se ha planteado la necesidad de un análisis crítico de la interpretación que tradicionalmente se ha hecho de dicha disposición en atención a las ideas que se tuvieron en vista por los inspiradores de dicha norma.²⁷ El profesor PIZARRO señala que: “La fuerza obligatoria de los contratos, recogida en el artículo 1545 CC., ha sido interpretada de tal manera que frente al incumplimiento el ‘querer’ de las partes a la época de celebrarse el contrato se intente perpetuar mediante la ejecución forzada bajo el amparo de principio de ‘permanencia de los contratos’”.²⁸ Es decir, el contrato debe cumplirse tal como se concibió en un comienzo debido al poder obligatorio fundado en el principio de la autonomía de la voluntad. De esta forma, se identifica el interés del acreedor con la ejecución forzada de la obligación, entendiendo que el interés de éste se mantiene inalterado desde el momento de la contratación, hasta el del incumplimiento.²⁹ El mismo autor plantea que dicha postura debe ser revisada desde la perspectiva de un sistema de remedios que

²⁷ El profesor PIZARRO indica que recién a finales del siglo XIX y comienzos del XX se habría introducido el concepto de Autonomía de la Voluntad en la dogmática francesa, el cual era ajeno a Domat y a los comentaristas del *Code*. La relación entre dicho concepto y la fundamentación relativa a la obligatoriedad del contrato habría surgido producto de una errónea interpretación de la filosofía kantiana. Dicho error se habría trasladado a nuestro ordenamiento mediante la importante influencia que tuvo el *Code* en la redacción de nuestro Código Civil y, en particular, del artículo 1134 en nuestro artículo 1545. Lo que se sostiene es que la voluntad de las partes es importante para la formación y validéz del contrato, pero que no es suficiente como fundamento de su obligatoriedad, la cual vendría dada por la ley. Véase PIZARRO Wilson, Carlos. 2004. *Notas críticas sobre el fundamento de la fuerza obligatoria del contrato. Fuentes e interpretación del artículo 1545 del Código Civil chileno*. En Revista Chilena de Derecho, vol. 31 N° 2, pp. 225 y ss.

²⁸ PIZARRO Wilson, Carlos. 2008. *Op. Cit.* p. 397.

²⁹ PIZARRO Wilson, Carlos. 2006. *Las Cláusulas Resolutorias en el Derecho Civil chileno*. Santiago, Cuadernos de Actualidad Jurídica, vol. 3, p. 247.

pone su atención en el acreedor. Señala que lo más apropiado ante el incumplimiento es contar con un catálogo variado de sanciones a las cuales se expone el deudor infractor. Así, “no se restringe a una sanción en particular, sino que corresponde al acreedor escoger.”³⁰ En otras palabras, el hecho de que “se acepte la obligatoriedad del contrato en la razón de la promesa no supone *per se* una opción por un determinado conjunto de acciones y remedios.”³¹ De esta forma lo que se busca es poner un énfasis en el interés del acreedor al momento de producirse el incumplimiento y no pretender la ejecución del contrato para todos los casos, sino que la facultad de decisión de tomar o no dicho camino sea del acreedor.

En resumen, se propone sistematizar los efectos del incumplimiento; elaborar un concepto objetivo de incumplimiento, que se renuncie al análisis del estado subjetivo del deudor en los casos en que ello no sea imprescindible; contar con un catálogo amplio, sistematizado y claro de remedios; y otorgar al acreedor la oportunidad de escoger el remedio que más se ajusta a sus intereses al momento de producirse el incumplimiento, sin preferencia normativa de una alternativa por sobre otras.

Es dentro de este movimiento donde se inserta esta investigación, ya que tiene por objeto el estudio de uno de los remedios contractuales utilizados en el derecho anglosajón y en el tráfico jurídico internacional, que no se encuentra actualmente contemplado en nuestro ordenamiento. La idea es estudiar

³⁰ PIZARRO Wilson, Carlos. 2008. *Op. Cit.* p. 397.

³¹ BARROS Bourie, Enrique. *Op. Cit.* p. 406.

alternativas que eventualmente podrían pasar a engrosar nuestro catálogo de remedios y, en el tiempo intermedio, ver cuál podría ser su utilidad y alcance como cláusulas contractuales accidentales.

III. CONCEPTO Y TEORÍA DEL INCUMPLIMIENTO ANTICIPADO.

i) Introducción.

En este capítulo se abordará la Teoría de Incumplimiento Anticipado desde un punto de vista doctrinal. Para ello se ha hecho un estudio de la más destacada doctrina en la materia con el objeto de identificar los alcances de la misma.

Luego de esto, nos detendremos en el estudio de los principales casos de positivización de la teoría, donde constataremos que el tratamiento legislativo a este remedio puede tener grandes diferencias respecto a su conceptualización doctrinal.

ii) Concepto.

Lo normal en los negocios jurídicos es que una vez nacida la obligación, ésta sea ejecutada por las partes mediante el pago³², es decir que se cumpla con el objetivo planeado por las partes al momento de contratar. Por el contrario, menos frecuente resulta el hecho de que se produzca un

³² Pago en su acepción amplia, esto es, como la prestación de lo que se debe (art. 1568 CC).

incumplimiento, es decir, la no ejecución de la obligación o que dicha ejecución sea imperfecta o extemporánea. Eso, como ya se dijo, da lugar a los llamados efectos anormales de las obligaciones. Pero más infrecuente aún, es el hecho de que, en el caso de una obligación cuya ejecución se ha pospuesto en el tiempo mediante un plazo o condición suspensiva, la parte obligada incumpla el contrato con anterioridad a que la obligación principal se haya hecho exigible o se haya perfeccionado mediante el cumplimiento de la condición pactada.

La posibilidad recién planteada resulta aparentemente ilógica, ¿Cómo va a ser posible que una obligación sea incumplida con anterioridad a que sea exigible? ¿Cómo sería posible que una obligación se incumpla antes de que cualquier prestación sea debida? Esa es justamente la pregunta que la teoría de incumplimiento por repudiación anticipada pretende responder.

La teoría de incumplimiento por repudiación anticipada podría ser definida como la que estudia y reconoce el derecho que tiene el acreedor a hacer valer contra el deudor, que claramente manifiesta mediante hechos o palabras que no quiere o no puede cumplir, todos los remedios que el ordenamiento le otorga incluso con anterioridad a la exigibilidad de la obligación pactada bajo alguna modalidad.³³

La teoría en estudio entiende que, bajo ciertas circunstancias calificadas, la repudiación de la obligación surgida de un contrato o la imposibilidad de cumplir con la misma puede constituirse como un incumplimiento del mismo y,

³³ CORBIN, Arthur Linton. 1963. *Corbin on contracts*. St. Paul, West Publishing, Tomo 4, pp. 853-856.

por lo tanto, dar derecho al acreedor a recurrir a los remedios contractuales, incluso si dicha repudiación o imposibilidad se presenta con anterioridad a la exigibilidad de la obligación.

Es frecuente que para efectos de ilustrar de qué se está hablando a la hora de referirse a la teoría de incumplimiento por repudiación anticipada, se recurra a un ejemplo práctico. Imagínese usted que con fecha 2 de marzo **A** contrata a **B** para que actúe en una obra de teatro que está montando, cuyos ensayos comenzarán con fecha 1º de junio en la ciudad **Y**, para ser estrenada la obra con fecha 15 de junio. Suponga que con fecha 4 de abril, es decir, antes de que cualquier obligación contractual sea exigible, **B** acepte una oferta para grabar una cinta cinematográfica cuyas locaciones de grabación están ubicadas en la lejana ciudad **X**. Dichas grabaciones comenzaran con fecha 1º de Junio y se extenderán por más de tres meses.³⁴ De los hecho descritos queda en evidencia que la conducta desplegada por **B** hace imposible la ejecución de las obligaciones que contrajo bajo el contrato acordado con **A**. Por lo mismo, de la situación planteada surgen una serie de preguntas: ¿Qué consecuencias se siguen de la conducta desplegada por **B**? ¿Tendrá **A** que esperar hasta el 1º de junio para poder demandar a **B** por incumplimiento contractual? En caso de respuesta afirmativa ¿Es eso justo? Bajo el mismo supuesto ¿Es eso eficiente? ¿La conducta desplegada por **B** u otra equivalente puede constituirse como un

³⁴ El ejemplo recién expuesto fue extraído de PERILLO, Joseph. 2003. *Calamari and Perillo on contract*. Fifth Edition, St. Paul, Thompson West, p. 488.

incumplimiento contractual? De ser así ¿En qué casos la repudiación es suficiente como para justificar que el acreedor pueda hacer uso de los remedios contractuales que le provee el sistema jurídico? ¿Podrá **A** adoptar medidas para efectos de evitar los daños que el incumplimiento de **B** pueda causar como, por ejemplo, contratando a otra persona para el papel? Si hiciera esto último ¿Pierde el derecho a accionar en contra de **B**? ¿Qué pasa si **B** se arrepiente y se encuentra listo, preparado y dispuesto a cumplir su obligación en la fecha acordada en el contrato?

Son estas preguntas las que la teoría en estudio pretende resolver: establecer los fundamentos en virtud de los cuales se hace necesario dar derecho al acreedor víctima de un incumplimiento anticipado para que pueda recurrir de forma inmediata a los remedios contractuales; establecer las circunstancias en que la repudiación se considerará de suficiente entidad como para ser considerada como un incumplimiento y dar al acreedor el derecho a recurrir a los remedios contractuales que le flanquea el sistema; establecer a cuáles de esos remedios podrá recurrir; establecer las limitaciones a las que está sujeto el acreedor en el ejercicio de dichos remedios; establecer las circunstancias en que el deudor incumplidor podrá retractarse de su repudiación.

iii) Orígenes e Historia.

Más allá de que existen antecedentes relevantes tanto en la jurisprudencia inglesa como estadounidense, que permitirían sostener algo diferente³⁵, *Hochster v. De la Tour* dictado por la Corte de Queen's Bench, Inglaterra, en 1853, es considerado el primer caso en el cual se le dio reconocimiento jurisprudencial a la Teoría del Incumplimiento Anticipado.

En dicho caso, De la Tour contrató a Hochster con fecha 12 de abril de 1852 para que éste le prestara servicios de guía turístico por Europa durante tres meses. Dichos servicios se debían comenzar a prestar con fecha 1º de junio de 1852. Sin embargo, el día 11 de mayo del mismo año, De la Tour comunica a su contraparte que no requerirá de sus servicios en la fecha prevista y en ninguna otra, le indicó además que tampoco recibirá paga alguna de su parte.

Con fecha 22 de mayo Hochster presentó una demanda por incumplimiento contractual en contra de De la Tour. Este último sostuvo en su contestación que mal podría haber incumplimiento de lo prometido antes de que llegara la fecha en la cual la obligación debía ejecutarse conforme al tenor de lo

³⁵ Según ROWLEY y otros autores citados, es posible identificar casos de data anterior a *Hochster v. De la Tour* en que se le reconoce el derecho a acción a una de las partes con anterioridad a la fecha en que, conforme al contrato, se debía ejecutar lo prometido por el demandado. Véase ROWLEY, Keith A. 2001. *A brief history of anticipatory repudiation in american contract law*. The University of Cincinnati Law Review 69: 575-584.

pactado por las partes en el contrato.³⁶ La Corte no estuvo de acuerdo y dio lugar a la demanda bajo los siguientes argumentos:

“Si el demandante no tiene remedio para el incumplimiento del contrato salvo que trate el contrato [repudiado] como vigente, y actúa conforme a eso hasta el primero de junio de 1852, se sigue de ello que, hasta esa fecha, el no deberá entrar en empleos que puedan interferir con su promesa ‘de comenzar con el demandado dichos viajes en el día y año pactados’, y que entonces él deberá estar apropiadamente equipado para todos los respectos como guía turístico para efectos de realizar un *tour* de tres meses por Europa. Pero es seguramente más racional, y más en el beneficio de ambas partes, que, después de la renuncia del acuerdo por parte del demandado, el demandante pueda libremente considerarse a sí mismo absuelto de cualquier futura prestación prometida, reteniendo su derecho de demandar por cualquier daño que haya sufrido por el incumplimiento de dicho acuerdo. Así, en lugar de permanecer ocioso y gastando dinero en preparaciones que serán inútiles, él se encuentra en libertad para buscar servicios bajo otro empleador, lo cual irá en mitigación de los daños por los cuales él podría en caso contrario ser compensado por incumplimiento contractual.”³⁷

³⁶ PERILLO, Joseph. *Op. Cit.* p. 495.

³⁷ Traducción libre del raciocinio empleado por la Corte de Queen’s Bench en 1853 en *Hochster v. De la Tour*. “If the plaintiff has no remedy for breach of the contract unless he treats the contract as in force, and acts upon it down the 1st [of] June 1852, it follows that, till then, he must enter into no employment which will interfere with his promise “to start with the defendant on such travels on the day and year,” and that must then be properly equipped in all respects as a courier for a three months’ tour on the continent of Europe. But it is surely much more rational, and more for the benefit of both parties, that, after the renunciation of the agreement by the

La Corte de Queen's Bench sostiene además que, en atención al daño que se le provoca a la contraparte mediante la repudiación "parece razonable autorizar una opción para la parte perjudicada, para demandar inmediatamente, o para esperar hasta el tiempo en que el acto debía ser realizado."³⁸

Como veremos más adelante, el fundamento dado en esta sentencia para efectos de acoger la acción, a pesar de que la fecha en que la obligación debía ejecutarse lo prometido no había llegado aún, ha sido fuertemente criticado y ha tenido consecuencias indeseadas en el desarrollo de la teoría. Esto, porque funda su decisión exclusivamente en el hecho de que, de no otorgarse acción inmediata, el acreedor víctima deberá mantenerse listo para ejecutar su obligación cuando corresponda según el contrato y demandar luego de que se dé un incumplimiento ordinario en la fecha pactada, o buscar un nuevo empleo y por eso perder su derecho a demandar a la parte que repudia. Dicha argumentación, como veremos en su momento, descuida los demás fundamentos que existen para acoger la teoría en estudio.³⁹

defendant, the plaintiff should be at liberty to consider himself absolved from any future performance of it, retaining his right to sue for any damage he has suffered from the breach of it. Thus, instead of remaining idle and laying out money in preparations which must be useless, he is at liberty to seek service under another employer, which would go in mitigation of the damages to which he would otherwise be entitled for a breach of contract." [1853] EWHC QB J72, (1853) 2 E & B 678, 118 ER 922.

³⁸ Traducción libre del raciocinio empleado por la Corte de Queen's Bench en 1853 en *Hochster v. De la Tour*. "seems reasonable to allow an option to the injured party, either to sue immediately, or to wait till the time when the act was to be done." EWHC QB J72, (1853) 2 E & B 678, 118 ER 922.

³⁹ PERILLO, Joseph. *Op. Cit.* p. 496.

En los Estados Unidos, durante el siglo XIX, la teoría fue aceptada en varios estados, pero rechazada en otros tantos.⁴⁰ Sin embargo, la Corte Suprema reconoció la teoría en dos fallos, lo que hacía parecer que ésta iba a ser acogida en todo el país.⁴¹ Específicamente en *Roehm v. Horst* sostuvo que: “nuestra conclusión es que la regla establecida en *Hochster v. De la Tour* es una razonable y apropiada regla para ser aplicada en este caso y en cualquier otro que surja de las transacciones de comercio en estos días.”⁴²

En las tres décadas siguientes a dicha sentencia el número de jurisdicciones estadounidenses que acogió la teoría más que se duplicó, entre las que se cuentan dos que originalmente habían rechazado su aplicación.⁴³

A pesar de que a nivel doctrinal la teoría fue objeto de debate entre quienes consideraban su aceptación como necesaria y quienes sostenían lo contrario⁴⁴, el reconocimiento definitivo de la misma viene dado por el trabajo realizado por el *American Law Institute* el cual, mediante la publicación en 1932 del *Restatement of Contracts*, hizo el primer esfuerzo por buscar estandarizar la materia.⁴⁵ Luego de dicha publicación, nuevas sentencias de la Corte Suprema

⁴⁰ Antes de terminar el siglo XIX la teoría había sido rechazada en las cortes de de Maine, Massachusetts, Nebraska y North Dakota. ROWLEY, Keith A. *Op. Cit.* p. 592.

⁴¹ Los casos son *Dingley v. Oler* (1886) y *Roehm v. Horst* (1900). ROWLEY, Keith A. *Op. Cit.* pp. 594-598.

⁴² Traducción libre de lo sostenido en fallo de la Corte Suprema de los Estados Unidos en *Roehm v. Horst* en 1900: “[O]ur conclusion is that the rule laid down in *Hochster v. De la Tour* is a reasonable and proper rule to be applied in this case and in many others arising out of the transactions of commerce of the present day.” (1900) 178 U.S. 1.

⁴³ ROWLEY, Keith A. *Op. Cit.* p. 599.

⁴⁴ Dicho debate será revisado en la sección (iv) del presente capítulo.

⁴⁵ ROWLEY, Keith A. *Op. Cit.* pp. 608-609.

de los Estados Unidos vinieron a consolidar la Teoría como una plenamente integrada en la institucionalidad jurídica de dicho país.

El siguiente paso fue su inclusión en el *Uniform Commercial Code (UCC)*, elaborado por el *American Law Institute* y *National Conference of Commissioners on Uniform State Laws*.⁴⁶ Dicho Código no es uno en el sentido en que es entendido en la tradición jurídica continental, ya que no constituye ley. Sólo es un modelo elaborado por expertos, que para tener efecto legal debe ser promulgado por los diferentes estados. Actualmente ha sido promulgado por los 50 estados de Estados Unidos, en algunos con ninguna modificación, y en otros con más o menos cambios respecto al texto modelo.⁴⁷ El código fue dictado por primera vez en 1952, pero es posible observar que se han hecho constantes cambios a su articulado, modificaciones que, en algunos casos, también han ido siendo adoptadas por las diferentes jurisdicciones.

Llegando a la década de los 80 es publicado el *Restatement (Second) of Contracts* el cual es construido sobre los fundamentos establecidos por el *Restatement of Contracts*, el UCC y la doctrina desarrollada en esos años.⁴⁸ En dicha publicación, nuevamente se da un reconocimiento expreso a la Teoría de Incumplimiento Anticipado y, además, se hacen importantes innovaciones respecto de la primera publicación.

⁴⁶ ROWLEY, Keith A. *Op. Cit.* pp. 616-617.

⁴⁷ DUKE University School of Law. 2011. *Research Guide: Uniform Commercial Code*. [en línea] <<http://law.duke.edu/lib/researchguides/pdf/ucc.pdf>> [consulta 12 noviembre 2013].

⁴⁸ ROWLEY, Keith A. *Op. Cit.* p. 626.

El último gran paso dado por la Teoría es su internacionalización mediante la dictación de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, también conocida como Convención de Viena. Dicho tratado contempla la posibilidad del incumplimiento anticipado en su artículo 72. Esta normativa, de carácter internacional, ha permitido llevar esta institución jurídica a países ajenos a la tradición del *CommonLaw*. Un ejemplo claro es el de nuestro país ya que dicho tratado fue aprobado por el Estado de Chile y publicado en el Diario Oficial el 3 de octubre del año 1990, por lo que constituye ley de la República.

Como se puede apreciar, la Teoría se encuentra en un estado de avanzada madurez en los Estados Unidos, tanto así que ha superado las fronteras del *CommonLaw*, volviéndose un objeto de estudio relevante incluso para jurisdicciones con una tradición jurídica distinta a aquella como es la nuestra.

iv) Fundamento.

Ahora es necesario responder a la primera de las cuestiones planteadas más arriba: ¿Qué justifica que el acreedor pueda recurrir a los remedios contractuales ante una repudiación anticipada del contrato por parte del deudor?

Se han dado razones de justicia y eficiencia para autorizar al acreedor a accionar de esa forma.

Primero, porque no parece justo que ante una declaración explícita o tácita de parte del deudor de que no quiere o no puede cumplir con lo prometido, el acreedor tenga que esperar inactivo hasta la fecha en que la obligación se haga exigible para efectos de hacer valer sus derechos judicial o extrajudicialmente contra el deudor incumplidor. De hecho, la situación del acreedor será incluso aún más infausta si el plazo establecido por las partes para el cumplimiento es de largo aliento.

Por otra parte, se entiende que, en el caso de los contratos bilaterales, la causa de la prestación prometida es, justamente, la obligación correlativa de la otra parte. Lo anterior configura una interdependencia entre las obligaciones del contrato en función de la cual una le sirve de fundamento a la otra.⁴⁹ La previsible falta de cumplimiento por una de las partes rompe con dicho equilibrio, lo que justifica que el ordenamiento proteja a la parte afectada mediante los remedios que él mismo provee.

No sólo se ha señalado como fundamento de justicia la relación entre las promesas principales de un contrato, sino que también se ha entendido que el contrato es una suma de obligaciones, dentro de las cuales se considera una obligación negativa, o de no hacer, de no comprometer la posibilidad de

⁴⁹ VOLD, Lauriz. 1927. *Repudiation of Contracts*. Nebraska Law Bulletin 5(3): 269.

cumplimiento.⁵⁰ De esta forma, la repudiación se constituye como una lesión actual de los intereses del acreedor, más allá de que no se haya incumplido ninguna promesa expresa, es decir, resulta necesario distinguir “entre la promesa [como obligación principal] y los deberes que surgen de la promesa.”⁵¹ Dentro de esos deberes se encuentra el de no repudiar la obligación contraída en el contrato, ya que lo anterior significaría dañar el interés legítimo que tiene el acreedor en que se proteja su expectativa de cumplimiento.⁵² Dicho deber no vendría impuesto por los términos expresos del contrato, sino que tendrían su origen en la buena fe.⁵³⁻⁵⁴

Lo anterior no se constituye como una ampliación de los deberes contractuales sino que simplemente consiste en mantenerse fiel a la promesa dada, lo que impone el deber de evitar conductas que comprometan la posibilidad de que la obligación sea cumplida.⁵⁵ El no cumplir con ello significaría una contravención a los deberes de cooperación que nacen del contrato.⁵⁶ Es decir, el fundamento de justicia no tiene su base en la idea de un incumplimiento actual de la obligación (más allá de que se asimile en los

⁵⁰ PERILLO, Joseph. *Op. Cit.* p. 497.

⁵¹ El paréntesis es nuestro. Traducción libre de: “*distinguish between the promise and the duties arising from the promise.*” En: BALLANTINE, Henry. 1924. *Anticipatory Breach and the enforcement of contractual duties.* Michigan Law Review 22: 330.

⁵² *Ibid.*

⁵³ BALLANTINE, Henry. *Op. Cit.* p. 331.

⁵⁴ Al respecto, la idea de la existencia de deberes que surgen del contrato distintos a lo que se ha pactado de forma expresa, no resulta del todo ajena a nuestra tradición. En especial si tenemos en cuenta, por ejemplo, lo establecido en el art. 1546 de nuestro Código Civil: “Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley o la costumbre pertenecen a ella.”

⁵⁵ BALLANTINE, Henry. *Op. Cit.* p. 336.

⁵⁶ PERILLO, Joseph. *Op. Cit.* p. 497.

efectos), sino que en la lesión de intereses protegidos por el contrato distintos a la promesa principal, en este caso: el deber implícito de no hacer nada que comprometa la posibilidad de que el contrato sea ejecutado conforme a lo planeado por las partes. En palabras de LORD CLOCKBURN en *Frots v. Knight* (1872):

“El acreedor tiene un derecho no desarrollado a la ejecución del acuerdo, el cual se vuelve completo cuando el tiempo para el cumplimiento llega. En el tiempo intermedio él tiene el derecho a tener el contrato continuamente vigente como contrato subsistente y efectivo contrato. Esa irreprochable e incuestionable eficacia puede ser esencial para sus intereses. Los derechos adquiridos bajo éste pueden ser comercializados en diferentes modos para su beneficio y provecho. De todas esas ventajas, por la repudiación del contrato por la otra parte y por el anuncio de que éste nunca será satisfecho, es por supuesto privado el acreedor. Es por eso correcto sostener que un anuncio de ese tipo significa una violación al contrato en todo sentido, y que en razón de ello el acreedor, si así lo desea, podrá tratarlo como un incumplimiento de todo el contrato, y llevar adelante una acción de acuerdo con ello.”⁵⁷

⁵⁷ Traducción libre del raciocinio dado por Lord Cockburn en *Frost v. Knight* (1872) 7 L.R. E.x. 111: “*The promisee has an inchoate right to the performance of the bargain, which becomes complete when the time for the performance has arrived. In the meantime he has a right to have the contract kept open as a subsisting and effective contract. Its unimpaired and unimpeached efficacy may be essential to his interests. His rights acquired under it may be dealt with by him in various ways for his benefit and advantage. Of all such advantage the repudiation of the contract by the other party, and the announcement that it will never be fulfilled, must of course deprive him. It is therefore quite right to hold that such an announcement amounts to a violation of the contract in omnibus, and that upon it the promisee, if so minded, may at once treat it as a breach of the entire contract, and bring his action accordingly*”

Lo anterior puede ser resumido en la siguiente cita de LORDHAND, J.: “El principio en su fundamento es que una promesa de ejecutar en el futuro implícitamente incluye un compromiso de no comprometer deliberadamente la probabilidad de cumplimiento.”⁵⁸ Es difícil imaginar una forma más clara de poner en riesgo la posibilidad de cumplimiento que la declaración de voluntad por parte del mismo obligado de que no cumplirá con lo prometido. Si entendemos que el contrato se sustenta en, justamente, la voluntad de las partes (esto sin perjuicio de la consideración de que la ley debe sancionar dicha voluntad) y que es ésta la que funciona como elemento determinante para la formación del contrato, declarar (explícita o tácitamente) que no se cumplirá, constituye un ataque a la base misma de la relación contractual. Lo anterior justifica que el ordenamiento (o, en su defecto, el contrato) permita al acreedor poder recurrir a los remedios contractuales sin necesidad de esperar la exigibilidad de la obligación.

Hay quienes han ido más allá señalando que ni siquiera es necesario que se presente una lesión actual a los intereses del acreedor, sino que lo que justifica la aceptación de la teoría es la mera una amenaza de que eso pueda ocurrir. Así la amenaza de incumplimiento es entendida como causa suficiente para la legitimación activa del acreedor para efectos de evitar el incumplimiento. “Si el incumplimiento del contrato es una **amenaza seria** o en cualquier forma

⁵⁸ El énfasis es nuestro. Traducción libre: “*It’s basis in principle is that promises to perform in the future by implication includes an engagement not deliberately to compromise the probability of performance.*” Lord Hand, J. En *Equitable Trust Co. v. Western Pacific Railway Co.* En BALLANTINE, Henry. *Op. Cit.* p. 333.

probable, eso debería ser base suficiente para dar derecho a acción para hacer cumplir el contrato.”⁵⁹

Esta aproximación justifica el derecho a recurrir a los remedios contractuales con anterioridad a que la obligación sea exigible en razón de que existe un justificado temor de que se producirá un incumplimiento fundamental de la obligación, y por lo tanto, un perjuicio en los intereses del acreedor.

Bajo esta idea es necesario que se satisfagan dos requisitos para que estemos ante un incumplimiento anticipado: (i) Las palabras o conducta del deudor deben denotar suficiente grado de probabilidad de que un incumplimiento contractual se va a producir; y (ii) es necesario que ese incumplimiento contractual prospectivo se constituya como uno fundamental, es decir, que prive al acreedor de parte sustancial del valor que para él tiene el contrato.⁶⁰

Es esta corriente la que ha sido aceptada con mayor generalidad por la jurisprudencia anglosajona,⁶¹ la que ha entendido que la justificación de la teoría de incumplimiento anticipado radica, justamente, en los incumplimientos futuros que amenazan la relación contractual y que fundadamente se presagian en razón de la conducta desplegada actualmente por el deudor.

⁵⁹ Traducción libre: “*If a breach of contract is **seriously threatened** or is in any way indicated as probable this should be sufficient as a basis for a right of action to enforce the contract*” BALLANTINE, Henry. *Op. Cit.* p. 344.

⁶⁰ LIU, Qiao. 2007. *Inferring Future Breach: Towards a Unifying Test of Anticipatory Breach of Contract*. Cambridge Law Journal, 66(3): 594.

⁶¹ LIU, Qiao. *Op. Cit.* pp. 595-596.

Lo dicho no comprende solamente la declaración expresa de que no se desea cumplir, sino que también a la inhabilidad para cumplir. Es decir, a pesar de que la razón por la cual se incumple tiene su origen en cuestiones ajenas a la voluntad del deudor, no es necesario que se espere hasta la exigibilidad del contrato si es claro de que el deudor no podrá ejecutar su obligación en la fecha convenida. El acreedor podrá, por ejemplo, exigir que se asegure el cumplimiento mediante medidas conservativas o garantías, y en caso de que éstas no sean provistas a tiempo por el deudor, se entiende que hay una repudiación del contrato.⁶²

Otro aspecto que justifica la acogida de la teoría de incumplimiento anticipado, es el hecho de que el contrato tiene un valor económico determinable, por lo que se constituye como un activo en el patrimonio del acreedor. Desde el momento en que una obligación se encuentra repudiada y se genera un estado de incertidumbre, el valor de la misma disminuye de forma considerable.⁶³ Las obligaciones son bienes incorporales por regla general transables, cualquier cesionario razonable de tales derechos contractuales exigiría durante la negociación con el titular de tales derechos y potencial

⁶² Este es el procedimiento establecido, por ejemplo, en el artículo 2-609 del Uniform Commercial Code de Estados Unidos de América. Dicho artículo señala que serán exigibles dichas garantías cuando surjan razonables motivos de inseguridad (*reasonable grounds for insecurity*). La doctrina ha señalado por su parte que dicha inseguridad puede tener su fuente tanto en la falta de voluntad de cumplir por parte del deudor, como su incapacidad o inhabilidad para ello. PERILLO, Joseph. *Op. Cit.* p. 493.

⁶³ROSETT, Arthur. 1981. *Partial, Qualified, and Equivocal Repudiation of Contract*. Columbia Law Review 81: 101.

cedente, una baja importante en el precio, desde el momento en que se informa que dicho crédito se encuentra cuestionado o repudiado por el deudor.

El valor de una obligación pendiente no sólo es importante para efectos de su cesión, sino que también se constituye como un antecedente para una de las operaciones más relevantes y frecuentes del tráfico: el crédito. La obligación contratada a favor del acreedor es parte de sus activos, lo que sirve de antecedente comercial, por ejemplo, a la hora de negociar el acceso a cualquier tipo de financiamiento, en tanto tiene el potencial de servir de garantía.

Entonces, se entiende que dentro de los deberes que surgen del contrato se encuentra la obligación de no incurrir en conductas que impliquen la repudiación de la obligación principal, porque dichas conductas generan un daño en el patrimonio del acreedor por el inevitable castigo que sufre el precio de su acreencia.⁶⁴ Lo anterior obliga al ordenamiento a reaccionar ante una situación que es ilegítima al vulnerar un bien jurídico digno de protección: la propiedad y su valor.

En resumen, los fundamentos de justicia surgen de la idea de que al interior de una relación contractual no sólo la obligación principal es objeto de protección, sino que también intereses accesorios a la misma que son legítimos, como lo es el valor del contrato y la expectativa de cumplimiento conforme a lo pactado. No proteger dichos intereses abandona injustamente al acreedor en una posición desfavorable, ya que se ve expuesto a una serie de

⁶⁴ VOLD, Lauriz. *Op. Cit.* pp. 275-276.

incertidumbres y daños ante eventuales actitudes arbitrarias que pueda adoptar el deudor en el tiempo intermedio entre el perfeccionamiento del contrato y el momento en que la obligación que nace del mismo se haga exigible.

No sólo hay razones de justicia, sino que también de eficiencia en el tráfico. Si un deudor repudia un contrato (en los términos claros y contundentes que exige la teoría, cuestión que veremos en un momento), seguramente lo hace en el entendido de que se encuentra autorizado para ello, lo que genera una situación de incertidumbre que es necesario remediar de inmediato.⁶⁵ Es justamente la seguridad una de las funciones que se le ha encomendado al Derecho, entre otras razones, debido a las ineficiencias en las que previsiblemente se incurre cuando ella no está presente. Por lo tanto, es necesario que se cuente con las herramientas necesarias para dicha función se verifique a cabalidad.

La idea detrás de lo dicho es que mientras antes se tenga certeza acerca de si la obligación será cumplida o no, mejor. La incertidumbre al respecto tiene efectos perjudiciales en el mercado generando una pérdida en el valor del contrato.⁶⁶ Dicha disminución de valor tiene su origen en una conducta ilegítima del deudor que se aleja del curso normal de los negocios y de lo establecido en el contrato. Lo anterior justifica que se otorguen recursos a la parte cumplidora, con el objeto de que dicho daño sea disminuido al mínimo posible.

⁶⁵ PERILLO, Joseph. *Op. Cit.* p. 497.

⁶⁶ ROSETT, Arthur. *Op. Cit.* p. 101.

Por otra parte, el esclarecer dicho estado de incertidumbre de forma oportuna evita que se mal gaste tiempo y recursos en negocios donde la posibilidad de éxito se ha visto fuertemente disminuida debido a la conducta desplegada por una de las partes. Mientras antes se permita recurrir ante una autoridad con jurisdicción, más posibilidades hay de que los recursos materiales y temporales sean asignados de forma eficiente y segura a esfuerzos que realmente vayan a ser productivos.⁶⁷ En términos generales, se podría afirmar que la Teoría en análisis contribuye a bajar los costos de las transacciones.

En todo caso, el desarrollo de la teoría y la determinación de sus fundamentos no ha estado exento de críticas. Uno de los más influyentes y persistentes críticos es el profesor y ex decano de la escuela de Derecho de la Universidad de Harvard, SAMUEL WILLISTON. El mencionado profesor señaló que la aceptación de una teoría del incumplimiento anticipado contradice los principios de la lógica: “Un contrato es apropiadamente definido como una promesa o conjunto de promesas vinculantes, luego lógicamente no puede haber incumplimiento de una promesa hasta que los términos o condiciones que califican la promesa sean completados.”⁶⁸ Un claro ejemplo de un término que califica una obligación es un plazo o condición.

⁶⁷ VOLD, Lauriz. *Op. Cit.* p. 285.

⁶⁸ Traducción libre: “[A] contract is properly defined as a binding promise or set of promises, there can logically be no breach of a promise until the terms or conditions qualifying the promise have been fulfilled.” WILLISTON, Samuel. 1957. *Williston on contracts*. Third Edition, New York, Baker Voorhis, Tomo XI, pp. 76-77.

Al respecto, la doctrina ha respondido señalando que “los deberes contractuales no están restringidos a aquellos que son conscientemente previstos y consentidos por las partes; las obligaciones legales que surgen de un contrato y en el curso de su ejecución o incumplimiento son creados en el desarrollo de la política social. (...) Si estas obligaciones **han sido** creadas es una pregunta que ha sido respondida por el curso histórico de las decisiones judiciales. Si esas obligaciones **debieron** ser creadas es una pregunta relativa a la política social y judicial y no es para nada una pregunta relativa a la lógica.”⁶⁹ Así, se deja en evidencia que el cuestionamiento hecho por WILLISTON tiene como trasfondo un concepto limitado de deberes contractuales que fija su atención sólo en aquello estrictamente acordado por las partes. Este concepto pone su énfasis en las libertades de las partes y es, en nuestra opinión, en exceso reactivo a cualquier deber de origen legal que pueda restringir dicha libertad. Desde ese punto de vista es claro que difícilmente podría parecer lógico que exista un incumplimiento antes de que lo expresamente prometido por las partes sea debido bajo los mismos términos de la promesa. Ahora, esas consideraciones limitadas de los deberes que surgen de un contrato, han sido afinadas en razón del bien común. En consideración de dicho cambio y de los fundamentos señalado más arriba es posible concluir que: “no hay nada ilógico

⁶⁹Traducción libre de: “*Contractual duties are not restricted merely to those that are consciously foreseen and assented to by the parties; the legal duties arising out of a contract and in the course of its performance or breach are created in the furtherance of social policy. (...) Whether such duty has been created is a question that has been determined by the historical course of judicial decision. Whether such a duty should be created is a question of social and judicial policy and is not a question of logic at all.*” CORBIN, Arthur Linton. *Op. Cit.* p. 860.

en crear una regla legal para el efecto de que una repudiación anticipada sea [considerada como] un incumplimiento de una obligación contractual”.⁷⁰

Una segunda crítica apunta a la consideración de que la doctrina de incumplimiento anticipado amplía el alcance de las obligaciones contraídas en un contrato sin que el deudor consienta en ello de forma expresa, lo que se constituye como una lesión ilegítima a sus intereses, lo que es, en definitiva, injusto.⁷¹

Al respecto CORBIN ha sostenido que es precisamente de justicia la búsqueda que se ha hecho mediante el desarrollo jurisprudencial de la teoría y que es ésta la mejor respuesta que se ha encontrado al efecto.⁷² El tratamiento práctico de los casos de repudiación anticipada han demostrado que más injusto sería abandonar al acreedor ante una conducta de repudiación de sus obligaciones por parte del deudor que “en muchos casos no tiene ninguna justificación moral.”⁷³

WILLISTON profundiza en sus críticas al señalar que la teoría en estudio sería innecesaria ya que, para efectos de proteger al acreedor víctima, existen instrumentos jurídicos que cumplen de forma satisfactoria la misión encomendada a la Teoría de Incumplimiento Anticipado. Así, en la opinión del citado profesor, el hecho de que se autorice al acreedor a excusarse de cumplir

⁷⁰ El paréntesis es nuestro. Traducción libre de: “*There is nothing illogical in making a rule of law to the effect that an anticipatory repudiation is a breach of contractual duty.*” CORBIN, Arthur Linton. *Corbin on contracts*. St. Paul, West Publishing, Tomo 4, 1963, p. 859.

⁷¹ WILLISTON, Samuel. *Op. Cit.* p. 124.

⁷² CORBIN, Arthur Linton. *Op. Cit.* p. 861.

⁷³ Traducción libre: “[I]n many cases is without any moral justification.”*ibid.*

con lo prometido en razón de que la otra parte repudie cumplir con su obligación, es suficiente para proteger sus intereses y evitar que se produzcan ineficiencias y desperdicios en la utilización de recursos materiales o temporales, conservando el derecho a accionar por daños al momento en que se produzca un incumplimiento actual. De esa forma, en opinión del referido autor, la doctrina estaría fundada en la confusión que se ha producido ante la necesidad de proteger al acreedor, para lo cual lo único que necesita es un derecho a defensa (excusa de cumplimiento) y no un derecho a acción.⁷⁴

CORBIN refuta lo planteado en atención a que los daños causados por el incumplimiento anticipado son diferentes a los del incumplimiento actual, lo que amerita que su tratamiento sea diferente. Como vimos más arriba, la repudiación de una obligación afecta el valor el contrato como activo, dicho valor y al daño producido al mismo es distinto al que tiene la ejecución prometida.⁷⁵ La incertidumbre y pérdida de confianza provocada por la repudiación justifica que los daños causados por la misma sean compensados de inmediato impidiendo que su extensión en el tiempo los haga más gravoso.

Así las cosas, todas estas críticas han sido superadas por los fundamentos dados más arriba, los que hacen razonable la aceptación de la doctrina de incumplimiento anticipado, tanto así que el mismo crítico de la

⁷⁴ WILLISTON, Samuel. *Op. Cit.* p. 150.

⁷⁵ CORBIN, Arthur Linton. *Op. Cit.* p. 863.

doctrina acepta que su vigencia y su aprobación de forma generalizada por la autoridad a nivel tanto doctrinal como jurisdiccional en los Estados Unidos.⁷⁶

v) Alcances.

a) *Distinción entre renuencia a cumplir e imposibilidad.*

La primera distinción que se debe hacer es entre renuencia anticipada (*prospectiveunwillingness*) y inhabilidad anticipada para cumplir (*prospectiveinabilitytoperform*). La relevancia de dicha distinción radica en el hecho de que los remedios a los que podrá recurrir el acreedor varían en uno y otro caso. Por otro lado, nos parece relevante explicitar esta cuestión para que quede meridianamente claro que la Teoría es aplicable sin importar cuál sea la causa de la repudiación, es decir, que incluso en los casos en que ésta sea involuntaria y no sea posible imputar negligencia al deudor, estamos en presencia de un incumplimiento. Esto en razón de que se recurre a un concepto objetivo de incumplimiento, como el que estudiamos en el capítulo segundo de este trabajo.

La renuencia anticipada consiste en la voluntad del deudor de no cumplir con lo pactado. Dicha voluntad debe ser manifestada, sea mediante palabras o

⁷⁶ WILLISTON, Samuel. *Op. Cit.* pp. 107-108.

conductas desplegadas por el deudor. Es la falta de voluntad de cumplir lo pactado lo que puede devenir (en el caso de que se presenten las circunstancias calificantes que se tratan en el siguiente punto) en una repudiación anticipada que da lugar, a su vez, al incumplimiento. Para este caso es ilustrativo el ejemplo que dimos en el punto **(ii)** del presente capítulo.

Por su parte, la inhabilidad anticipada consiste en que con anterioridad a la exigibilidad de la obligación se presenten circunstancias que hacen imposible su ejecución. La doctrina ha entendido que la inhabilidad se produce cuando la razón por la cual no es posible cumplir tiene su origen en hechos ajenos a la voluntad del deudor.⁷⁷⁻⁷⁸

Imagínese que, en lugar de contratar con un productor cinematográfico para efectos de filmar una película en la misma fecha que los ensayos de la obra de teatro, **B** sufre una fuerte lesión en su pierna debido a un choque ocurrido el 4 de abril (antes del comienzo de los ensayos) y conforme a las opiniones expertas, no será físicamente capaz de desarrollar ninguna actividad física con anterioridad al 31 de junio (fecha posterior al estreno de la obra).⁷⁹

⁷⁷ Lo dicho queda claro cuando se señala que la quiebra (*bankruptcy* o *insolvency*) es entendida como una inhabilidad para cumplir debido a que, en la mayoría de los casos, ésta es involuntaria. "Obviously, insolvency will also raise the question of prospective inability to perform. It does not normally involve prospective unwillingness to perform or repudiation because insolvency is usually involuntary, and thus it amounts only prospective inability to perform. PERILLO, Joseph. *Op. Cit.* p. 491.

⁷⁸ Concepto equivalente al contenido en el art. 45 CC: Art. 45. Se llama fuerza mayor o caso fortuito el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.

⁷⁹ El ejemplo recién expuesto fue extraído de PERILLO, Joseph. *Op. Cit.* p. 488.

La circunstancia descrita se constituye como una imposibilidad predecible de cumplir, es decir, lo más razonable es pensar que **B**, a la fecha de los ensayos y estreno, se encontrará imposibilitado de cumplir. Lo anterior, bajo el alero de la Teoría de Incumplimiento Anticipado, autoriza a **A** adoptar ciertas medidas que le permitan disminuir o eliminar los daños a los que pueda verse expuesto. Esto lo faculta a, por ejemplo, cancelar el contrato o a contratar a otro actor. En caso de que con posterioridad sea demandado por **B** por incumplimiento contractual, tendrá la excepción de que la predecible imposibilidad de cumplimiento hacia razonable que **A** buscara un reemplazante para efectos de disminuir al mínimo los posibles daños a los que podría verse expuesto.⁸⁰

Cabe tener en cuenta que existen tendencias jurisprudenciales que rechazan la aplicación de la teoría en estudio para casos de inhabilidad anticipada. En efecto, a pesar de que a nivel doctrinal se reconoce que cualquiera sea el motivo por el cual se incumpla las consecuencias para el acreedor son las mismas y que, por lo tanto, los recursos legales a su disposición deberían ser los mismos también, la jurisprudencia ha limitado la aplicación práctica de la teoría a casos donde existe una “definitiva, incondicional, y moralmente injustificable declaración de intención de no cumplir con el contrato.”⁸¹ Bajo esta línea jurisprudencial, en casos de inhabilidad

⁸⁰Ibid.

⁸¹ Traducción libre de: “[D]efinite, unconditional, and morally unjustifiable declaration of intention not to perform the contract.” CORBIN, Arthur Linton. *Op. Cit.* 903.

anticipada, el acreedor víctima no tendrá derecho a acción por daños de forma inmediata, sino que sólo desde el momento en que se produzca un incumplimiento ordinario.

En todo caso, e incluso a nivel jurisprudencial, se ha entendido que declaraciones por parte del obligado que manifiesten dudas acerca su capacidad para cumplir con lo prometido a la fecha en que sea debido o ante circunstancias que hagan evidente dicha incapacidad, el acreedor tiene derecho a recurrir a ciertos remedios contractuales. Conforme a la tendencia jurisprudencial referida anteriormente, no estará disponible la acción por daños, pero sí otros remedios que de dan al acreedor la posibilidad de excusarse de cumplir con su obligación correlativa o llevar a cabo operaciones que sean incompatibles con su eventual cumplimiento, sin que por ello caiga en una hipótesis de incumplimiento contractual al encontrarse justificado por la predecible inhabilidad de la otra parte.⁸² Así vemos que lo relevante de esta distinción radica en que los remedios disponibles para el acreedor serán distintos en cada caso. Los remedios a que da lugar el incumplimiento anticipado y cuáles son los requisitos para el ejercicio de cada uno de ellos lo estudiaremos más adelante dentro de este mismo capítulo.

Como veremos en el siguiente apartado, se ha entendido que una inhabilidad provocada de forma voluntaria por el deudor, es equivalente a una repudiación ordinaria.

⁸² CORBIN, Arthur Linton. *Op. Cit.* pp. 815-816.

b) *¿Cuándo hay repudiación?*

Para que una renuencia o imposibilidad anticipada de cumplir se constituyan como repudiación y, por lo tanto, den lugar a los efectos del incumplimiento anticipado es necesario que reúnan ciertas condiciones. Así las cosas, no toda repudiación se constituye como un incumplimiento del contrato.⁸³

La repudiación debe ser grave y, por lo tanto, el temor de incumplimiento debe ser justificado. Dicha exigencia sirve de límite al posible ejercicio abusivo de una institución como ésta, ya que en caso de que un acreedor exija seguridades de forma injustificada en contra de un supuesto incumplidor absteniéndose de cumplir con lo prometido por su parte, puede caer él en una hipótesis de incumplimiento contractual.⁸⁴ Lo anterior puede, como en cualquier otro caso de incumplimiento, hacerlo responsable de los daños que se produzcan en virtud de su conducta.

En términos genéricos, “por repudiación de un contrato se debe entender tales palabras o acciones de la parte contratante que indican que ella no ejecutará el contrato en el futuro.”⁸⁵ Ahora lo relevante es determinar qué

⁸³ROSETT, Arthur. *Op. Cit.* p. 98.

⁸⁴ROSETT, Arthur. *Op. Cit.* p. 94.

⁸⁵Traducción libre de: “By repudiation of a contract is to be understood such words or actions by a contracting party as indicate that he is not going to perform his contract in the future”. WILLISTON, Samuel. *Op. Cit.* p. 317.

entidad o características deben tener dichas palabras o conductas para efectivamente constituirse como una repudiación que dé lugar a un incumplimiento anticipado.

A lo largo del desarrollo jurisprudencial y doctrinal de la Teoría de Incumplimiento Anticipado es posible identificar dos corrientes en los criterios utilizados para la valoración de qué constituye una repudiación anticipada.⁸⁶

La primera, más extendida y predominante es la llamada corriente de la “Renuncia”, en ella el examen se centra en la intención subyacente a la conducta desplegada por la parte que supuestamente repudia.

En esta corriente se ha hecho una separación estricta entre lo que es el incumplimiento anticipado y el llamado incumplimiento fundamental. El primero se encuentra determinado por la intención objetivamente evidenciada por parte del deudor de que no desea seguir obligado por el contrato celebrado. La segunda, es aquel incumplimiento que priva al acreedor de parte sustancial del valor que el contrato significaba para él. Se ha entendido que el incumplimiento anticipado jamás podría tener este último efecto y por ello dichos conceptos tradicionalmente se han desarrollado por vías paralelas.⁸⁷

Así las cosas, bajo la teoría de la renuncia y para efectos de establecer si estamos ante una repudiación anticipada que dé lugar al incumplimiento, será necesario realizar un examen de la conducta desplegada por la parte contra la

⁸⁶ LIU, Qiao. *Op. Cit.* p. 574.

⁸⁷ LIU, Qiao. 2008. *Test of fundamentality in anticipatory breach cases: Spirent v Quake*. Canadian Business Law Journal 46: 443.

cual se alega el incumplimiento y determinar si ésta permite establecer de forma objetiva que tiene la intención de no seguir obligada por el contrato. Para efectos de llevar a cabo dicha determinación se han señalado los siguientes criterios que iluminan si la conducta desplegada por el obligado constituye o no una renuncia:⁸⁸ (i) La existencia de la renuncia es una cuestión de hecho; (ii) La intención se debe determinar objetivamente, es decir, conforme a lo que una persona razonable hubiese concluido a partir de los hechos, estando en la posición de la parte inocente al momento de que supuestamente se perfecciona la renuncia; (iii) La presencia de la intención debe ser clara, absoluta, incondicional e inequívoca.

Esta aproximación ha sido criticada debido a que las estrictas exigencias que impone para efectos de establecer que se ha presentado una renuncia, deja fuera de su alcance nuevas formas de repudiación (e.g. renunciaciones parciales, casos de inhabilidad). También ha sido cuestionada la falta de certeza asociada a ella en su aplicación debido a que se refiere a aspectos subjetivos de la conducta de la parte incumplidora.⁸⁹

Una segunda y pujante corriente es aquella que centra su evaluación en las consecuencias del incumplimiento previsible, esta corriente se denomina “Incumplimiento Fundamental”.

Como dice su nombre, esta corriente ha roto con la tradicional dicotomía entre el concepto de incumplimiento anticipado y el de incumplimiento

⁸⁸LIU, Qiao. 2007. *Op. Cit.* p. 579.

⁸⁹ LIU, Qiao. 2007. *Op. Cit.*pp. 580-584.

fundamental, entendiendo que el primero es una variante del segundo. De esta forma, habrá incumplimiento fundamental siempre que éste prive al acreedor de parte sustancial del valor que el contrato significaba para él. Dicho incumplimiento fundamental podrá ser actual o anticipado, centrando su análisis sólo en las consecuencias que la conducta del deudor pueda tener y no en el estado de ánimo en que éste se encuentra al momento en que supuestamente se produce la repudiación.⁹⁰

La presencia de un incumplimiento fundamental se puede establecer en razón de cinco indicadores⁹¹, a saber: (i) La relación cuantitativa entre la parte de la obligación incumplida y ésta considerada como un todo; (ii) La gravedad del incumplimiento para la parte inocente; (iii) La probabilidad de repetición; (iv) La gravedad de las consecuencias del incumplimiento para el caso particular; (v) Para los casos de cumplimiento parcial previo, la relación entre la parte de la obligación que fue cumplida y el total de la obligación.

Estos criterios entregan una guía en la labor de dilucidar si se está ante un incumplimiento fundamental o no. Hay que tener en cuenta que éstos se aplican sea para casos de incumplimiento actual o anticipado, por lo que su uso debe ser adaptado conforme a la naturaleza del incumplimiento. Por lo pronto, el criterio (v) sólo puede ser utilizado para casos de incumplimiento actual y

⁹⁰ LIU, Qiao. 2007. *Op. Cit.*p. 575.

⁹¹ Estos indicadores fueron inducidos por el Profesor WADDAMS desde el estudio de casos decididos por los tribunales. Véase: LIU, Qiao. 2008. *Op. Cit.*p. 445.

parcial ya que considera una ejecución parcial de la obligación debida por parte del deudor.⁹²

Ahora bien, el incumplimiento fundamental prospectivo no es suficiente para justificar la disponibilidad actual de los remedios contractuales: “Debe ser demostrado que las palabras o conductas de la parte culpable llevan o pueden llevar a una persona razonable en la posición de la parte inocente a extraer, al tiempo en que se alega que el incumplimiento anticipado tuvo lugar, la inferencia que un incumplimiento fundamental futuro es probable, en el balance de las probabilidades, que se materialice al tiempo en que la obligación sea exigible.”⁹³ Así, es necesario que exista una conexión entre la conducta actual del deudor y el incumplimiento predecible que se alega, esa conexión viene dada por la “inferencia razonable”. Así las cosas, la conducta actualmente desplegada por la otra parte debe ser evaluada de forma objetiva y, para efectos de constituir un incumplimiento anticipado, llevar a la conclusión razonable de que se producirá un incumplimiento fundamental en el futuro.

Esta segunda corriente trae consigo la idea de que la evaluación debe limitarse a aspectos objetivos dejando de lado la consideración de elementos subjetivos de la conducta desplegada por la parte potencialmente incumplidora. Por otra parte, su definición abstracta y flexible considera dentro de su campo

⁹² LIU, Qiao. 2008. *Op. Cit.*p. 447.

⁹³ Traducción libre de: *“It must be shown that the guilty party’s words or conduct lead or could have lead a reasonable person in the position of the innocent party to draw, at the time when anticipatory breach is alleged to take place, the inference that a prospective fundamental breach is likely, on the balance of probabilities, to materialise at the time for performance”* En: LIU, Qiao. 2007. *Op. Cit.* p. 597.

de acción los casos de “renuncia” y se amplía a las nuevas formas de incumplimiento anticipado. Por último, esta posición establece una conexión con el concepto de incumplimiento actual, pero al mismo tiempo los distingue mediante el elemento de la “inferencia razonable”, lo que da mayor riqueza y transparencia a la teoría de incumplimiento anticipado.⁹⁴

Ambas corrientes han convivido en el último tiempo. Esta situación genera una dispersión e impredecibilidad respecto de las decisiones jurisdiccionales, ya que es posible que ante los mismos supuestos fácticos, se arriben a soluciones opuestas en razón de la aplicación de un criterio u otro.⁹⁵

Fuera de las corrientes jurisprudenciales, es posible identificar un cierto consenso a nivel doctrinal en que lo fundamental es que sea posible inferir un incumplimiento predecible, de esta forma el estándar de repudiación ha sido reducido al siguiente enunciado: habrá repudiación anticipada siempre que “una persona razonable podría inferir [de la conducta o declaraciones expresas del deudor] justificadamente que el contrato no será llevado a cabo.”⁹⁶

Más en concreto, se han señalado tres clases de conductas que en todo caso significan una repudiación:

En primer lugar, una declaración positiva de que no quiere o no se puede cumplir con lo prometido en una parte sustancial.⁹⁷ Bajo una mirada tradicional,

⁹⁴ LIU, Qiao. 2007. *Op. Cit.* pp. 602-603.

⁹⁵ LIU, Qiao. 2007. *Op. Cit.* p. 578.

⁹⁶ El paréntesis es nuestro. Traducción libre de: *whether “a reasonable man would be warranted in inferring that the contract would not be carried out”*. WILLINSTON, Samuel. *Willinston on contracts*. Vol. III, p. 1684. Citado en: BALLANTINE, Henry. *Op. Cit.* p. 344.

⁹⁷ ROSETT, Arthur. *Op. Cit.* p. 97.

se exigía que dicha declaración no debía dejar duda alguna acerca de que la obligación no será ejecutada.⁹⁸ Esa regla ha sido revisada y se ha extendido a cualquier declaración en que una persona razonable entendería que la otra parte no va o no puede a cumplir una parte sustancial del contrato.⁹⁹

En segundo lugar, se ha señalado también como una conducta que significa una repudiación de suficiente entidad como para dar lugar al incumplimiento, la transferencia a terceros de bienes objeto del contrato, y que se constituyen como parte esencial del mismo.¹⁰⁰ Dicha conducta, bajo la teoría en estudio, es lo suficientemente grave para ser considerada un incumplimiento y da derecho al comprador para recurrir al mercado y entrar en una nueva relación contractual y quedar libre de toda obligación con la parte incumplidora.

En tercer término, y más genérica que la anterior, se considera repudiación toda conducta voluntaria y afirmativa del deudor que hace imposible o aparentemente imposible el cumplimiento de parte sustancial de la obligación prometida.¹⁰¹

La imposibilidad involuntaria de cumplir da lugar a ciertos remedios, sirve como excusa de cumplimiento al acreedor para el evento de que sea demandado por incumplimiento por la parte afectada por la imposibilidad. Pero se ha entendido que no sirve como causa para presentar una acción de

⁹⁸ Bajo ese supuesto una declaración en que se dice que se tienen dudas acerca de si cumplirá o no, o una en que sujeta el cumplimiento a una condición ajena al contrato y de escasa probabilidad de ocurrencia, no serían suficientes para constituir un repudio anticipado. PERILLO, Joseph. *Op. Cit.* p. 499.

⁹⁹ *Ibid.*

¹⁰⁰ PERILLO, Joseph. *Op. Cit.* p. 500.

¹⁰¹ ROSETT, Arthur. *Op. Cit.* p. 97.

responsabilidad por daños en contra de la parte afectada por la imposibilidad de cumplir, salvo que haya una cláusula expresa que lo haga responsable de dicho evento.¹⁰²

c) *Límite al acreedor: Deber de mitigar daños.*

La teoría en estudio también impone límites a los derechos que el acreedor puede hacer valer en una acción y le exige comportarse de forma razonable. En caso de que no se satisfagan dichos límites, todo daño que pudo haber sido evitado mediante la conducta propia de una persona razonable no podrá ser exigidos en un juicio de responsabilidad. En otras palabras, el demandante se encuentra inhabilitado para alegar daños que el mismo debió evitar.¹⁰³

Dentro de los remedios a los que el acreedor puede recurrir en caso de un incumplimiento anticipado se encuentra la indemnización de daños y perjuicios. Ahora, los daños por los que el deudor incumplidor se hará responsable tienen un límite especial (fuera de los límites que imponen las reglas generales de responsabilidad) en el hecho de que el acreedor, una vez tenido conocimiento de la repudiación, debe adoptar una conducta tal que evite que el daño causado aumente.¹⁰⁴ “Si él [acreedor] hace oídos sordos a la

¹⁰² VOLD, Lauriz. *Op. Cit.* pp. 301 y 307.

¹⁰³ CORBIN, Arthur Linton. *Op. Cit.* p. 945.

¹⁰⁴ Un equivalente a la norma relativa a los Delitos y Cuasidelitos contenida en el art. 2330 CC:

repudiación o contraorden y procede con la ejecución, no puede sostener que el repudiador sea responsable por daños basados en un cumplimiento total por parte del acreedor. Él debe tomar nota de la repudiación en orden de mitigar daños en la medida de lo posible.¹⁰⁵

La obligación de mitigar daños, se ha entendido por la doctrina, prima por sobre la posibilidad de elección que supuestamente tendría el acreedor¹⁰⁶. Bajo esta última idea, el acreedor, en conocimiento de la repudiación, tendría la posibilidad de tratar la repudiación conforme a las reglas de la teoría de incumplimiento anticipado o ignorarla y continuar con el contrato. En caso de que ocurra esto último, el acreedor podría, una vez que se haga exigible la obligación, demandar por incumplimiento actual u ordinario alegando la responsabilidad del deudor incumplidor por todos los daños que se hayan presentado.

Este supuesto derecho a elección tiene su origen en casos en los cuales la teoría se estaba recién desarrollando y ha sido objeto de importantes

“La apreciación del daño está sujeta a reducción, si el que lo ha sufrido se expuso a él imprudentemente.”

¹⁰⁵ Traducción libre de: “*If he ignores the repudiation or countermand and proceeds with performance he cannot hold the repudiator liable for damages based on full performance. He must take notice of the repudiation in order to mitigate damages as far as possible.*” Gibbon v. Bente. Citado en: BALLANTINE, Henry. *Op. Cit.* p. 345.

¹⁰⁶ El profesor VOLD señala que hay dos acepciones del concepto “*necessity of election*” (necesidad de elección). Una incorrecta que señala que el acreedor víctima de un incumplimiento anticipado puede escoger entre ignorar la repudiación y continuar con la ejecución de su obligación correlativa. Y una segunda, considerada por el citado profesor como apropiada, que considera que dicho concepto se refiere a la necesidad que tiene el acreedor de escoger entre los diversos remedios disponibles. El punto es que muchas veces dichos remedios son incompatibles entre sí, por lo que escoger uno precluye la posibilidad de hacer lo propio con otros inicialmente disponible. Véase VOLD, L. *Op. Cit.* pp. 308-312.

críticas.¹⁰⁷ Se ha señalado que aceptar dicha posibilidad de elección significaría pasar por alto uno de los fundamentos de la teoría de incumplimiento anticipado: evitar el desperdicio de recursos valiosos en negocios improductivos.¹⁰⁸ Es decir, obvia una regla general de daños, consistente en que el demandado no puede ser responsable de daños en los que no necesariamente se debieron haber incurrido. En otras palabras, no puede ser responsable de daños que se pudieron evitar por el acreedor víctima, una vez que se produjo el incumplimiento.¹⁰⁹

En la mayoría de los casos, el hecho de continuar con la ejecución de sus obligaciones por parte de la víctima, significará el aumento de los daños. Es por lo dicho que la idea de la elección ha sido superada y se ha entendido que el acreedor no puede ignorar la repudiación y no podrá seguir ejecutando el contrato si eso significa aumentar el monto de los daños. *A contrario sensu*, se le autoriza a continuar con dicha ejecución en el caso de que ello no signifique dicho aumento.¹¹⁰

La obligación de mitigación ha sido extendida hasta el punto de exigir por parte del acreedor una conducta afirmativa dirigida a mitigar los daños. Esta idea ha sido llevada tan lejos que se ha exigido al acreedor aceptar una oferta

¹⁰⁷ WILLISTON, Samuel. *Op. Cit.* pp. 78-79.

¹⁰⁸ VOLD, Lauriz. *Op. Cit.* pp. 313 y 320.

¹⁰⁹ WILLISTON, Samuel. *Op. Cit.* p. 81.

¹¹⁰ WILLISTON, Samuel. *Op. Cit.* p. 84.

alternativa hecha por el propio deudor incumplidor cuando no pueda ser proveída por otra persona.¹¹¹

Lo dicho es lo que predomina a nivel doctrinal. Pero es posible observar que la jurisprudencia exige la aceptación por parte del acreedor de la repudiación para efectos de poder presentar una demanda por daños e incluso para que la repudiación se constituya como un incumplimiento.¹¹²

Al respecto el profesor LIU propone una aproximación alternativa a las dos posiciones presentadas (la doctrina que rechaza la posibilidad de elección imponiendo el deber de mitigar daños desde el momento en que se produce la repudiación y la sostenida por la jurisprudencia que acoge la teoría de la elección).

Por un lado, sostiene que se debe distinguir entre el derecho a llevar a delante una acción por daños al hecho mismo del incumplimiento. En ese sentido señala que la aceptación de la repudiación es necesaria (salvo determinadas excepciones) para efectos de poder ejercer ante un tribunal una acción de indemnización de perjuicios. Lo anterior se justifica, según el referido autor, en razones de consistencia y finalidad del instrumento jurídico que aquí estudiamos.¹¹³ De esa forma, no se puede ejercer una acción por daños antes de que el incumplimiento prospectivo se vuelva inevitable, lo que ocurre cuando

¹¹¹ VOLD, Lauriz. *Op. Cit.* p. 320.

¹¹² Así lo ha observado el profesor LIU en la jurisprudencia inglesa. Véase LIU, Qiao. 2005. *Claiming damages upon an anticipatory breach: why should an acceptance be necessary?* Legal Studies 25: 560.

¹¹³ LIU, Qiao. 2005. *Op. Cit.* p. 565.

la repudiación es aceptada por el acreedor y se pone término al contrato (salvo en los casos en que la repudiación consiste en una conducta que hace imposible el cumplimiento de la obligación contractual).¹¹⁴ Bajo esta idea, el deber de mitigar daños no es exigible sino desde el momento en que se es titular de la acción indemnizatoria, lo que sólo ocurre cuando se acepta la repudiación.¹¹⁵

Por el contrario – señala LIU -, no es necesaria la aceptación de la repudiación por para efectos de que se constituya como un incumplimiento contractual.¹¹⁶ Bajo esta idea, la repudiación (cuando reúne las condiciones señaladas más arriba) por sí misma da lugar al incumplimiento y efectos asociados al mismo (e.g. excusa de cumplimiento), sin necesidad de que esta sea aceptada por el acreedor.

En nuestra opinión, el profesor LIU aporta con una distinción importante, pero no pone atención a la forma en que la aceptación de la repudiación debe llevarse a cabo para efectos de tener legitimidad en una acción por indemnización de perjuicios. En ese sentido, estimamos que el mero hecho de que el acreedor presente una demanda con el objeto de que sea compensado por los daños sufridos producto de un incumplimiento anticipado por repudiación del contrato, debe ser considerado como suficiente “aceptación” de

¹¹⁴ LIU, Qiao. 2005. *Op. Cit.* p. 566.

¹¹⁵ LIU, Qiao. 2005. *Op. Cit.* p. 568.

¹¹⁶ LIU, Qiao. 2005. *Op. Cit.* p. 575.

la repudiación otorgándole la legitimidad activa suficiente para seguir adelante con dicha pretensión indemnizatoria.

En resumen, en esta sección hemos revisado las diferentes posturas respecto a dos instituciones contradictorias: el derecho a elección y el deber de mitigar daños. En nuestra opinión es este último el que debe primar sobre el primero ya que apunta a la raíz de uno de los más contundentes fundamentos que justifican la acogida de la Teoría del Incumplimiento Anticipado: el uso eficiente de los recursos. Lo cual es deseable desde un punto de vista individual y desde un punto de vista de política social.

d) *Derecho de retractación – Límites.*

Otro aspecto especial de la teoría en estudio es que en el ejercicio de los remedios contractuales, el acreedor no se encuentra sujeto a los límites ordinarios que cada uno de dichos remedios puedan tener (e.g. prescripción), sino que además debe hacerlos valer con anterioridad a que el incumplidor haga uso del derecho de retractación, es decir, que manifieste su voluntad de continuar con el contrato conforme a lo originalmente pactado, dejando sin efecto la repudiación del mismo.¹¹⁷

Por regla general, una vez que se ha producido el incumplimiento, el hecho de que el infractor se retracte y ofrezca ejecutar su obligación conforme a

¹¹⁷SQUILLANTE, Alphonse. 1972. *Anticipatory repudation and retraction*. Revista de Derecho de la Universidad de Valparaíso 7: 382.

lo pactado, no priva a la víctima de su derecho de recurrir a los remedios contractuales y a ser compensada por el daño sufrido. En el mejor de los casos, dicho ofrecimiento servirá al incumplidor para mitigar su responsabilidad en los daños causados.¹¹⁸ Lo descrito no ocurre en el caso del incumplimiento anticipado.

En efecto, el que repudia tiene derecho a retirar dicha repudiación siempre que lo haga con anterioridad al ejercicio de alguno de los remedios contractuales por parte del acreedor.¹¹⁹ Si la víctima no ha tomado ningún curso de acción en razón de la repudiación y el deudor se retracta de su repudiación antes de que eso ocurra, el contrato seguirá vigente y seguirá siendo vinculante para las dos partes conforme a su tenor original. Dicho retiro oportuno elimina la posibilidad de que el acreedor haga ejercicio de los remedios que tenía disponible.¹²⁰ Lo anterior siempre y cuando el deudor esté en condiciones de cumplir conforme al tenor original del contrato.¹²¹

El fundamento de esta excepción a la regla general de que una causa de acción ya procedente, que tiene su origen en un incumplimiento, no puede ser extinguida por la retractación del incumplidor, radica en el hecho de que el objetivo final de dichas acciones es compensar el daño causado a la víctima. Por lo tanto, si se encuentra disponible un mecanismo que permite que las

¹¹⁸ VOLD, Lauriz. 1926. *Withdrawal of Repudiation after Anticipatory Breach of Contract*. Texas Law Review 5: 5.

¹¹⁹ CORBIN, Arthur Linton. *Op. Cit.* pp. 930-931.

¹²⁰ VOLD, Lauriz. 1927. *Op. Cit.* p. 314.

¹²¹ SQUILLANTE, Alphonse. *Op. Cit.* p. 382.

partes vuelvan al estado anterior al incumplimiento, un procedimiento judicial que tiene por objeto alcanzar ese mismo estado, se hace ineficiente e innecesario.¹²²

Sin perjuicio de lo dicho hasta ahora y como se infiere de los párrafos precedentes, el derecho de retractación tiene su límite en el hecho de que el acreedor haya ejercido alguno de los remedios de los que dispone o que haya sufrido un daño efectivo. En ese caso, no se podría continuar con la ejecución del contrato, salvo que el acreedor consienta en ello de forma expresa. Una vez que el acreedor hace uso de los remedios o sufre un daño, el derecho de retractación del deudor precluye.¹²³

La forma en que la retractación debe concretarse varía según la forma que haya tenido la repudiación. En el caso de que se haya repudiado mediante palabras es necesario que se comunique de la misma manera el deseo de retirarla y continuar con el contrato. En el caso de que sean conductas incompatibles con el contrato las que se constituyeron como repudiación del contrato, es necesario que la retractación consista en que se lleven a cabo las conductas que permiten adquirir nuevamente la capacidad de cumplir con el mismo.¹²⁴

¹²² VOLD, Lauriz. 1926. *Op. Cit.* p. 14.

¹²³ VOLD, Lauriz. 1926. *Op. Cit.* pp. 10-13.

¹²⁴ WILLISTON, Samuel. *Op. Cit.* p. 182.

En todo caso, es necesario que la retractación sea efectivamente comunicada al acreedor afectado por la repudiación.¹²⁵ Una vez que dicha comunicación se produzca, el contrato vuelve a estar vigente conforme a lo pactado originalmente, pero antes que ello ocurra el acreedor tiene una causa de acción continua.

Por último, existen casos en que tal retractación no es posible en razón del especial contenido de la relación contractual. Este es el caso cuando la ejecución del contrato requiere la mantención de una relación de confianza entre las partes. En dichos casos, una repudiación de los deberes contractuales puede significar un daño irreparable a la confianza y, por lo tanto, al contrato donde una reparación no es posible, ni siquiera mediante la retractación.¹²⁶

e) *Excepciones a la aplicación de la teoría.*

La teoría de incumplimiento anticipado tiene importantes excepciones a su aplicación.

La más relevante de todas es que no se aplica a los contratos de obligaciones unilaterales.¹²⁷⁻¹²⁸ En principio, la excepción se refería sólo a

¹²⁵ PERILLO, Joseph. *Op. Cit.* p. 502.

¹²⁶ CORBIN, Arthur Linton. *Op. Cit.* p. 932.

¹²⁷ ROSETT, Arthur. *Op. Cit.* p. 99.

¹²⁸ En el derecho anglosajón el criterio que determina si estamos ante un contrato unilateral radica en que la obligación de sólo una de partes es ejecutable, es decir la promesa ha sido hecha por sólo una ellas y es la otra la única que puede exigir su cumplimiento. Sin embargo, y acá aparece la diferencia respecto al concepto de contrato unilateral que tenemos en el derecho continental, sólo se podrá exigir el cumplimiento forzado de la promesa una vez que la parte a la

contratos unilaterales de obligación de pagar dinero, y con el tiempo, las Cortes de los Estados Unidos la han ido extendiendo a otros tipos de contratos unilaterales.¹²⁹ La excepción estudiada abarca dentro de su campo de acción tanto a aquellos contratos que tienen carácter de unilaterales desde su origen, aquellos que, siendo bilaterales en su concepción, devienen en unilaterales en virtud de que una de las partes ha cumplido íntegramente con su obligación correlativa, quedando pendiente solamente la ejecución de la obligación de una de las partes y los contratos bilaterales que tienen obligaciones independientes.¹³⁰

Esta regla ha sido objeto de defensas y críticas e, incluso, existen decisiones jurisdiccionales que la contradicen.

Por su parte, el profesor WILLISTON ha señalado que desde la lógica interna de la doctrina en estudio, no existe razón para que no sea aplicada a los contratos unilaterales.¹³¹ En todo caso, luego concluye que se ha criticado la restricción a la aplicación de la teoría de incumplimiento anticipado a los contratos unilaterales, pero que, debido a su animadversión general a la teoría, parece indeseable extender su campo de acción y que en el caso de dichos

cual se le hace la oferta haya dado una contraprestación (*consideration*) suficiente por lo prometido. Por ejemplo: *A* envía una carta prometiéndole a *B* el traspaso de su colección de estampillas a cambio de que *B* le envíe \$1.000.000.- pesos. En este caso el único que se obliga es *A*, pero su obligación sólo será exigible una vez que *B* haya realizado la prestación que se le solicita a cambio de lo prometido. Véase CORBIN, Arthur Linton. 1963. *Corbin on contracts*. St. Paul, West Publishing, Tomo 1, pp. 54-56.

¹²⁹ PERILLO, Joseph. *Op. Cit.* p. 507.

¹³⁰ WIESNER, Donald A., KLOTCHMAN, Janisse. 1982-1983. *Anticipatory breach and the unilateral contract: a decade of the status quo?* University of Dayton Law Review 8: 63; WILLISTON, Samuel. *Op. Cit.* p. 157.

¹³¹ WILLISTON, Samuel. *Op. Cit.* pp. 123-124.

contratos parece más injusto hacer responsable al deudor de forma inmediata que en los contratos bilaterales donde las dos partes están obligadas.¹³²

La idea ha sido defendida en atención a que el valor práctico de la aplicación de la teoría en este tipo de casos se ve fuertemente disminuido. Esto en el entendido que la mayoría de las obligaciones unilaterales de pagar dinero tienen plazos reducidos, incluso inferiores a los que normalmente se requiere para llevar a delante una acción judicial.¹³³

Otra razón que se ha dado a favor de mantener la excepción es que el dinero (ya que, como se dijo, originalmente la excepción sólo se aplicaba a contratos unilaterales cuya obligación era pagar dinero) no es un *commodity*, y por lo tanto, su valor no estaría expuesto a las fluctuaciones que estos tienen en el tiempo, y justificarían la vigencia de la teoría en dichos casos.¹³⁴

¹³² WILLISTON, Samuel. *Op. Cit.* p. 150.

¹³³ VOLD, Lauriz. 1927. *Op. Cit.* p. 290.

¹³⁴ Raciocinio hecho en *Alger-Fowler Co. vs. Tracy*: "If a party agrees to pay a stated sum of money on a given future day and before performance is due should renounce his contract and declare he would never pay the money, this would not give the promisee, at his election, the right before the due day to bring an action as for breach of contract to recover the money. The reason why a contract to pay money at a definite time in the future is an exception to the rule is that money is not a commodity which is bought and sold in the market and the market value of which fluctuates, as is the case with grain, stocks and other similar articles." (Traducción libre: Si una parte acuerda pagar una determinada suma de dinero en un día futuro dado y antes de que el cumplimiento sea exigible renuncia al contrato y declara que el nunca pagará el dinero, eso no da al acreedor, a su elección, el derecho de demandar por incumplimiento contractual para recuperar el dinero con anterioridad a la fecha debida. La razón porque un contrato de pagar dinero en un tiempo determinado en el futuro es una excepción a la regla es que el dinero no es una materia prima que es comprada y vendida en el mercado y cuyo valor de mercado fluctúa, como en el caso del grano, valores comerciales y otros artículos similares.) Citado en: BALLANTINE, Henry. *Op. Cit.* p. 351.

Paralelamente, esta excepción ha sido criticada al considerarse que no tiene una justificación razonable y que sólo se sustenta en virtud de motivos históricos.

La exclusión de los contratos unilaterales ha sido fundada en razones que, en el entendido del profesor PERILLO, tienen su origen en la falacia incurrida en el raciocinio del primer caso en que la teoría fue aceptada: *Hochster vs. De la Tour*. Según el mencionado profesor, dicho caso acogió la teoría exclusivamente en razón de la necesidad de liberar a la parte afectada por el incumplimiento anticipado de su obligación correlativa, lo que no sería necesario en el caso de los contratos unilaterales.¹³⁵ Dicha fundamentación pasa por alto los demás motivos que hemos estudiado aquí y que fundan esta teoría y hacen razonable su vigencia (i.e. la obligación implícita de no comprometer la posibilidad de cumplimiento; el deterioro del valor del contrato; la eficiencia económica derivada de la posibilidad de otorgar legitimación activa inmediata al acreedor víctima).¹³⁶ Dichos fundamentos son válidos tanto para los contratos bilaterales como unilaterales, por lo tanto la exclusión de estos últimos parece arbitraria, especialmente en los casos en que se le niega un remedio a una de las partes por el hecho de haber cumplido íntegramente con su obligación bajo el contrato.¹³⁷

¹³⁵ PERILLO, Joseph. *Op. Cit.* p. 507.

¹³⁶ BALLANTINE, Henry. *Op. Cit.* p. 351.

¹³⁷ CORBIN, Arthur Linton. *Op. Cit.* p. 865.

Al respecto, el profesor CORBIN señala que esta excepción ha sido fundada en la idea de que dar acción por daños de forma inmediata y con anterioridad a la exigibilidad de la obligación al acreedor víctima de repudiación, sería acelerar la madurez o exigibilidad de la misma. Esto en atención a que la reparación de los daños se haría en dinero, lo que es el objeto mismo de la obligación principal (hay que tener en cuenta que la excepción nace a propósito de los contratos unilaterales de pagar una suma determinada de dinero). Dicha idea es producto de un análisis superficial que no se detiene en el fundamento de la prestación que se da.¹³⁸ Más allá de que exista una identidad material entre el objeto de la obligación y el medio que se utiliza para reparar el daño causado al acreedor, no significa que se esté procediendo a acelerar la exigibilidad de la obligación, sólo se está reparando el daño causado por una conducta ilegítima del deudor.

Por último, se ha observado que ciertas Cortes de los Estados Unidos han obviado la regla de la mayoría y han aplicado la Teoría de Incumplimiento Anticipado a contratos unilaterales o que han devenido en tales, argumentando en el mismo sentido de los recién citados profesores CORBIN y PERILLO.¹³⁹

¹³⁸ CORBIN, Arthur Linton. *Op. Cit.* p. 873.

¹³⁹ Así lo han constatado los profesores WIESNER y KLOTCHMAN quienes han notado cierta renuencia en la aplicación de la excepción por parte de las Cortes de los Estados Unidos y la total abolición de la misma en algunos estados, principalmente en Texas. WIESNER, Donald A., KLOTCHMAN, Janisse. *Op. Cit.* pp. 61-80.

f) *Cómputo de la Prescripción Extintiva o Statute of Limitation en los casos de Incumplimiento por repudiación anticipada.*

En el caso del Derecho Anglosajón, al igual que en nuestra tradición, existe, en aras de la certeza jurídica, un límite temporal establecido a nivel normativo al ejercicio de acciones que tengan por objeto reclamar un determinado derecho. En el caso del incumplimiento anticipado surge la pregunta respecto a cuándo se comienza a computar los plazos de la prescripción extintiva de las acciones que de dicho incumplimiento surgen ¿El cómputo comienza desde el momento de la repudiación o desde el momento en que la obligación se hace exigible?

Al respecto, existe un consenso a nivel doctrinal de que el plazo de prescripción extintiva de las acciones que surgen de la repudiación anticipada no se comienza a computar sino una vez que la fecha establecida en el contrato para el cumplimiento de la obligación se verifique, salvo que el acreedor tenga por definitiva la repudiación.¹⁴⁰⁻¹⁴¹ Esto en razón de que sería injusto castigar con la prescripción extintiva al acreedor que ha optado por esperar a que el deudor se retracte de la repudiación y acceda a dar cumplimiento a lo prometido.¹⁴²

¹⁴⁰ Véase LIMBURG, Herbert R. 1925. *Anticipatory Repudiation of Contracts*. The Cornell Law Quarterly 10(2): 167; BALLANTINE, Henry. *Op. Cit.* p. 337

¹⁴¹ CORBIN, Arthur Linton. *Op. Cit.* p. 967.

¹⁴² CORBIN, Arthur Linton. *Op. Cit.* p. 967.

g) Resumen.

En esta sección hemos tratado de establecer los alcances de la teoría revisando dónde, cuándo y cómo opera.

En cuanto al dónde hemos visto que opera en el caso de contratos bilaterales donde existe una dependencia de las obligaciones correlativas, es decir, la obligación de una parte le sirve de causa a la otra. Dicha delimitación tan estricta ha sido fuertemente criticada por la doctrina y se comienzan a ver indicios de un abandono por parte de la judicatura.

En cuanto al cuándo la teoría aplica, es importante tener en cuenta que lo hace en los casos en que existe una repudiación anticipada al contrato, es decir, con anterioridad a la exigibilidad de la obligación. Dentro de ello es importante determinar cuándo hay una repudiación, lo que ocurre, conforme a lo estudiado, siempre que una persona razonable pueda deducir, de la conducta desplegada por el deudor que el contrato no será cumplido. El grado de certidumbre exigida respecto a la posibilidad de incumplimiento, dependerá del desarrollo jurisprudencial que se haga respecto a la Teoría. En todo caso, dicha regla se constituye como un límite al ejercicio arbitrario de las facultades que la Teoría entrega al acreedor: en caso de que su temor no sea justificado, él puede ser considerado incumplidor si ha dejado de ejecutar su propia obligación.

Otro límite temporal al cual está sujeto el acreedor es que debe hacer ejercicio de sus derechos con anterioridad a la eventual retractación del deudor que repudió la obligación. A eso se le agrega el límite temporal que rige a todo derecho a acción: la prescripción extintiva.

En lo relativo al cómo, el acreedor encuentra limitaciones en lo referido a la forma en que lo debe hacer. En este punto es donde nos encontramos con el deber de mitigar daños que surge desde el momento en que el acreedor tiene conocimiento de la repudiación.

Lo dicho nos permite establecer con relativa claridad el campo de acción de la teoría y la forma en que ella se desenvuelve.

vi) Derechos del acreedor ante el incumplimiento anticipado.

Una vez que se produzca la repudiación del contrato y en caso de que ésta sea de tal importancia que se constituya como un incumplimiento anticipado, el acreedor tiene derecho a recurrir a los remedios contractuales que el ordenamiento jurídico le provee para efectos de resguardar sus intereses.

Es posible identificar en la doctrina una serie de remedios que le son reconocidos al acreedor para tales efectos. Algunos de ellos se desenvuelven extrajudicialmente y sirven como excepciones en caso de que se judicialice alguna controversia y otros se ejercen mediante una acción judicial. Dentro del

primer grupo de remedios encontramos la excusa de cumplimiento, operaciones de reemplazo y la restitución. En el segundo grupo encontramos la ejecución forzada, la resolución y la indemnización por daños.

Cada uno de estos remedios tienen sus propios campos de acción y requisitos para su procedencia. Sin embargo, existen ciertos requisitos que son necesarios en todos los casos. En primer lugar, el que se produzca el incumplimiento anticipado, para ello es necesario que la repudiación reúna las características que analizamos con anterioridad. Además, es requisito para el ejercicio de los remedios contractuales que el acreedor sea capaz de probar que estaría listo, dispuesto y capacitado para cumplir sino fuera por la repudiación.¹⁴³ Es decir, demostrar que él habría cumplido con su obligación si el deudor no hubiese repudiado el contrato. En defecto de estos dos requisitos, las acciones que el acreedor pueda emprender no tendrán éxito y en el caso de remedios que se ejercen de forma extrajudicial, no tendrá excepciones ante eventuales acciones que el supuesto incumplidor pueda iniciar en su contra.

a) *Excusa de cumplimiento.*

En la doctrina en estudio se le reconoce al acreedor un remedio que es similar al que en nuestro ordenamiento se llama excepción de contrato no cumplido, el que es considerado uno de los efectos propios de los contratos

¹⁴³ PERILLO, Joseph. *Op. Cit.* p. 503.

bilaterales. Además, este remedio, como veremos, atiende al mismo principio que nuestro Código Civil en el inciso final del artículo 1826.

En la doctrina que desarrolla la Teoría en estudio, se entiende que una vez que se produce el incumplimiento anticipado de la obligación, el acreedor se encuentra eximido de la obligación de ejecutar su obligación correlativa de forma definitiva –siempre que opte por este remedio con anterioridad a la retractación por parte de la parte que repudia-.¹⁴⁴ Esto se encuentra fundado en la interdependencia que existe entre las obligaciones en el caso de los contratos bilaterales, o dicho de otra forma, en su conmutatividad.¹⁴⁵ Al ser una obligación la causa de la otra, una vez que se constata el incumplimiento por una de las partes, el fundamento de la otra obligación desaparece.¹⁴⁶

Se ha entendido que el motivo por el cual el deudor incumple no es relevante para efectos de hacer procedente el ejercicio de este remedio, es por ello que éste es uno de los que se encuentra disponible para el acreedor incluso en el caso de inhabilidad involuntaria para cumplir por parte del deudor.¹⁴⁷ Es decir, no existe limitación a la procedencia de este remedio en virtud de cuál es el origen del incumplimiento, siempre que éste se produzca el acreedor víctima se encuentra eximido de cumplir con su obligación correlativa. Así, es posible observar que este remedio no tiene mayores requisitos para su ejercicio que el incumplimiento mismo. Acá nos encontramos con un concepto objetivo de éste

¹⁴⁴ VOLD, Lauriz. 1927. *Op. Cit.* p. 269.

¹⁴⁵ WILLISTON, Samuel. *Op. Cit.* p. 91.

¹⁴⁶ VOLD, Lauriz. 1927. *Op. Cit.* p. 270.

¹⁴⁷ WILLISTON, Samuel. *Op. Cit.* pp. 100-101.

(concepto que fue abordado con anterioridad en la sección iv del Capítulo II), es decir, sin detenerse en el estado subjetivo o en la imputabilidad que se le podría atribuir al deudor, sino que sólo en el hecho de que se ha producido el incumplimiento.

Para efectos de hacer ejercicio de este remedio, no es necesario que el acreedor exprese su voluntad de hacerlo, basta con que se abstenga de cumplir con lo prometido. En el evento de que sea demandado por dicha inactividad, cuenta con una excepción fundada en la repudiación de su contraparte, lo que deberá ser oportunamente alegado en los tribunales para efectos de que sea considerada y acogida por la autoridad jurisdiccional.¹⁴⁸

Como adelantamos, entendemos que este remedio atiende a los mismos supuestos fácticos y da la misma solución jurídica que nuestro Código Civil en el artículo 1826 inciso final. En efecto, la mencionada norma establece lo siguiente: “Art. 1826. El vendedor es obligado a entregar la cosa vendida inmediatamente después del contrato o a la época prefijada en él.

Si el vendedor por hecho o culpa suya ha retardado la entrega, podrá el comprador a su arbitrio perseverar en el contrato o desistir de él, y en ambos casos con derecho para ser indemnizado de los perjuicios según las reglas generales.

Todo lo cual se entiende si el comprador ha pagado o está pronto a pagar el precio íntegro o ha estipulado pagar a plazo.

¹⁴⁸ WILLISTON, Samuel. *Op. Cit.* pp. 97-98.

Pero si después del contrato hubiere menguado considerablemente la fortuna del comprador, de modo que el vendedor se halle en peligro inminente de perder el precio, no se podrá exigir la entrega aunque se haya estipulado plazo para el pago del precio, sino pagando, o asegurando el pago.”

Observamos que, en el inciso final del artículo citado, nuestro ordenamiento da al vendedor el derecho de suspender el cumplimiento de su obligación de entregar la cosa siempre que sea posible prever que la obligación del comprador será incumplida, es decir, cuando hay un “peligro inminente de perder el precio”. Para que dicho supuesto sea satisfecho, es necesario probar que la fortuna del comprador hubiere menguado considerablemente entre la fecha de celebración del contrato y la establecida para su cumplimiento, sin importar –para efectos del ejercicio del derecho a suspender el cumplimiento- si esta última es posterior a la cual el vendedor debe hacer entrega de la cosa según el contrato. El derecho de suspender se agota cuando el comprador paga el precio o asegura el pago.

Tenemos que tener en cuenta que el referido artículo es sólo aplicable al contrato de compraventa y en el caso específico en que es el pago del precio el que está en peligro de ser ejecutado. Por lo tanto, no pretendemos sostener que la Teoría de Incumplimiento Anticipado se encuentre recogida en nuestro Código Civil, sino sólo que existen disposiciones que atienden a los mismo principios. Lo anterior queda en evidencia al permitir al acreedor ejercer ciertos

derechos en la defensa de sus intereses contractuales cuando se hace patente que una obligación específica y **no exigible** aún no podrá ser cumplida por el comprador en la fecha establecida en la compraventa. Acá, el ordenamiento evita que el vendedor quede en una posición desmejorada al permitirle el ejercicio de un derecho específico: suspender el cumplimiento y retener la cosa que se encuentra obligado a entregar.

b) Operación de reemplazo.

El acreedor puede, para efectos de reducir los daños que se puedan producir por el incumplimiento, recurrir a una operación de reemplazo. Dicho remedio consiste en que se le autoriza al acreedor a recurrir a otras personas y contratar con ellas con el objeto de que realicen la prestación que originalmente había acordado con el deudor incumplidor.¹⁴⁹

El ejercicio de este remedio no debería significar la pérdida del derecho a demandar al deudor por los daños efectivamente causados en razón del incumplimiento, siempre que se reúnan los requisitos que dicho remedio exige para su procedencia.

En caso de que con posterioridad el deudor recurra ante tribunales para efectos de exigir el cumplimiento de la obligación, y siempre que la repudiación haya sido de tal importancia y reúna los requisitos necesarios como para

¹⁴⁹ PERILLO, Joseph. *Op. Cit.* p. 490.

constituirse en un incumplimiento anticipado, el acreedor tendrá la excusa de que, dadas las circunstancias particulares del caso, ante la conducta desplegada por el deudor, cualquier persona razonable habría entendido que el contrato no se cumpliría. Bajo estas condiciones, el acreedor se encontraría exceptuado de cumplir con su obligación bajo el contrato.

c) Restitución.

El objetivo que se busca al recurrir a este remedio es poner a la parte perjudicada al mismo estado en que se encontraba con anterioridad a la celebración del contrato. Así, en caso que se haya hecho algún tipo de prestación por una de las partes con anterioridad a la repudiación del contrato, ésta tendrá derecho a que se restituya lo que haya dado en razón del contrato o su equivalente en dinero de no ser ello posible, como en el caso que lo prometido fue la prestación de ciertos servicios o si la cosa objeto del contrato ha sido destruida.¹⁵⁰ El derecho de restitución es uno alternativo a la compensación de daños.¹⁵¹

El fundamento de este remedio radica en que, de no restituirse las prestaciones dadas por las partes con anterioridad a la repudiación del contrato, se produciría un enriquecimiento sin causa.¹⁵² Sin embargo, es posible constatar

¹⁵⁰CORBIN, Arthur Linton. *Corbin on contracts*. St. Paul, West Publishing, Tomo 5, 1963, p. 548.

¹⁵¹ WILLISTON, Samuel. 1900. *Repudiation of contracts*. Harvard Law Review 14: 318.

¹⁵²CORBIN, Arthur Linton. *Op. Cit.* p. 578

que su alcance va más allá de los casos en que la parte que repudia se ha enriquecido injustamente, ya que no es necesario que el incumplidor haya físicamente recibido algo por parte del que demanda la restitución, sino que éste último haya dado cumplimiento a lo menos parte de lo prometido por él a cambio de la obligación incumplida por repudiación.¹⁵³ Así, si A solicita a B que enseñe a C y a cambio de un honorario, ante la repudiación de A, hecha con anterioridad a que se completaran de prestar los servicios de enseñanza por parte de B, éste último podrá demandar a A para que le pague por dichos servicios, aún cuando A personalmente no ha recibido instrucción alguna.¹⁵⁴

Además, se ha autorizado el ejercicio de este remedio por el valor práctico que alberga al permitir una salida rápida y efectiva, sin necesidad de probar daños causados por el incumplimiento.¹⁵⁵

No es necesario que el incumplimiento futuro sea imputable al deudor para que este remedio esté disponible para el acreedor afectado. En caso de que el incumplidor se encuentre excusado de cumplir por alguna imposibilidad irresistible, no lo autoriza para retener lo que haya recibido de la otra parte con motivo del contrato.¹⁵⁶

d) Cumplimiento en especie o Specific Performance.

¹⁵³CORBIN, Arthur Linton. *Op. Cit.* p. 575.

¹⁵⁴CORBIN, Arthur Linton. *Op. Cit.* p. 576.

¹⁵⁵VOLD, Lauriz. 1927. *Op. Cit.* p. 273.

¹⁵⁶CORBIN, Arthur Linton. *Op. Cit.* p. 549.

En el caso de incumplimiento anticipado también se encuentra disponible el remedio de cumplimiento en especie. El objetivo que se busca alcanzar a través del mismo es que el tribunal ordene al incumplidor la ejecución de lo prometido en el contrato. En caso de que desobedezca tal instrucción, puede ser sancionado por dicha conducta.¹⁵⁷

No es necesario que un incumplimiento actual se haya producido para que este remedio se encuentre disponible. Es perfectamente posible recurrir a él con el objeto de prevenir un eventual incumplimiento. Un ejemplo claro de lo anterior son los casos de incumplimiento por repudiación anticipada.¹⁵⁸ El decreto que ordene el cumplimiento en especie no podrá obviar los términos del contrato y sólo será exigible el cumplimiento en la fecha y bajo las condiciones en que se acordó originalmente.¹⁵⁹

Este remedio es excepcional en la tradición del *commonlaw* y está sujeto a un requisito específico: para que un tribunal pueda dictar un decreto de cumplimiento en especie, es necesario que se constate que el demandante no pueda ser justa y completamente compensado del incumplimiento mediante la indemnización de perjuicios.¹⁶⁰ Es decir, es un remedio secundario a la responsabilidad por daños, sólo cuando éste no sea adecuado para satisfacer el interés del demandante, estará disponible el cumplimiento en especie.

¹⁵⁷CORBIN, Arthur Linton. *Corbin on contracts*. St. Paul, West Publishing, Tomo 5A, 1963, p. 106.

¹⁵⁸CORBIN, Arthur Linton. *Op. Cit.* pp. 113-115.

¹⁵⁹BALLANTINE, Henry. *Op. Cit.* p. 337.

¹⁶⁰CORBIN, Arthur Linton. *Op. Cit.* p. 95.

Se han señalado que los principales factores que se tienen en cuenta a la hora de determinar si la indemnización por daños es o no un remedio adecuado para el caso particular los siguientes: la dificultad en determinar los montos de los daños que se deben compensar; la dificultad e incerteza de que la indemnización pueda ser efectivamente cobrada una vez que haya sido ordenado su pago; la insuficiencia del dinero obtenido con la indemnización para obtener un equivalente a lo prometido en el contrato; el hecho de que el daño será recurrente, por lo que su debida compensación requeriría múltiples acciones judiciales.¹⁶¹

El caso al que más frecuentemente se asocia este remedio es al de venta de una propiedad raíz. Esto en razón del especial lugar que ésta ocupa en la historia de la humanidad. Se entiende que el incumplimiento por parte del vendedor en el traspaso de la propiedad es uno que difícilmente puede ser compensado de una forma distinta al cumplimiento en especie.¹⁶²

Por último, cabe mencionar que la resolución que declare la obligación de cumplir y ordene lo propio, deberá condicionar dicha ejecución al cumplimiento por el demandante de su obligación correlativa o de cualquier condición precedente al deber del demandado y condenado.¹⁶³

e) Indemnización de perjuicios.

¹⁶¹CORBIN, Arthur Linton. *Op. Cit.* pp. 117-118.

¹⁶²CORBIN, Arthur Linton. *Op. Cit.* p. 126.

¹⁶³ CORBIN, Arthur Linton. *Corbin on contracts*. St. Paul, West Publishing, Tomo 4, 1963, p. 864.

La posibilidad de que el acreedor pueda demandar por daños de forma inmediata una vez que se esté ante una repudiación anticipada, que se constituya como un incumplimiento contractual de obligaciones que aún no son exigibles bajo los términos del contrato, se justifica en el hecho de que dicha repudiación causa un daño actual en el patrimonio del acreedor, en razón de los incumplimientos futuros que fundadamente se prevén en virtud de la conducta desplegada por el deudor. La incertidumbre generada por dicha conducta, causa un daño pecuniario que merece ser reparado.¹⁶⁴

En general, las principales preguntas a las que se debe dar respuesta en lo relativo a la indemnización de perjuicios en caso de incumplimiento anticipado son: ¿cuándo hay derecho a presentar una acción de indemnización de perjuicios por incumplimiento anticipado?; ¿si lo daños deben ser cuantificados a partir de la fecha de la repudiación o en la que se debía ejecutar la obligación?; en caso de que la respuesta a la pregunta anterior sea que deben ser cuantificados con anterioridad a la fecha en que se hace exigible, surge la pregunta si ¿se debe hacer conforme al valor actual o futuro (fecha en que se debía ejecutar)?; una vez determinados los daños, ¿cuándo deben ser pagados?¹⁶⁵

¹⁶⁴ CORBIN, Arthur Linton. *Op. Cit.* p. 863.

¹⁶⁵ JACKSON, Thomas. 1978. *Anticipatory Repudiation and the Temporal Element of Contract Law An Economic Inquiry into Contract Damages in Cases of Prospective Non-performance.* Stanford Law Review 31:70-71.

La primera de las preguntas ha sido respondida durante el desarrollo de este capítulo, en especial en lo referido a los fundamentos de la teoría y a la discusión acerca de la necesidad o no de aceptar la repudiación para efectos de adquirir legitimidad activa para reclamar daños por parte del acreedor víctima.

Respecto a la segunda pregunta planteada, el profesor THOMAS H. JACKSON señala que lo más eficiente es que los daños sean cuantificados en una fecha cercana a la repudiación, por oposición a la fecha en que la ejecución de la obligación es debida. Esto en razón de que ese es el momento, en caso de una determinación a nivel normativo o estatutario, más apropiado para efectos de llevar a cabo una operación de reemplazo o *covertransaction*, debido a que implica menores costos de transacción en comparación a lo que sucedería con la conducta de las partes en caso de que una norma ordene o permita realizar dicha operación más tarde.¹⁶⁶ El profesor JACKSON señala luego, que es necesaria dicha sincronía en virtud de que la operación de reemplazo no es más que el camino a través del cual la parte agraviada se asegura de mitigar daños de forma efectiva y, por ello, debe ser compensada completamente por los daños sufridos en razón del incumplimiento (cabe recordar que la víctima no puede ser compensada por daños que debió evitar mediante una conducta razonable).¹⁶⁷

En cuanto a la tercera pregunta, es decir, cómo deben ser determinados los daños, la respuesta de JACKSON, nuevamente está íntimamente vinculada

¹⁶⁶ JACKSON, Thomas. *Op. Cit.* p. 94.

¹⁶⁷ JACKSON, Thomas. *Op. Cit.* p. 109.

con la operación de cobertura o reemplazo. La idea principal es que, mediante la compensación, la víctima quede en la misma posición en que quedaría si el contrato se hubiese ejecutado.¹⁶⁸ Para dicho efecto la parte deberá salir al mercado con el objeto de recibir por un tercero la prestación no recibida por la parte incumplidora. Ahora, la pregunta que surge en este punto es, en base a qué precio de mercado se debe realizar dicha operación, para efectos de que lo pagado por ella pueda ser íntegramente cubierto por los daños que luego deban ser compensados por el incumplidor. El tema, es que si la víctima peca por su impericia o negligencia e ingresa en operaciones de reemplazo que no sean justificables desde la perspectiva de una conducta comercialmente razonable, no será compensada por los costos de dichas operaciones que se escapen de los márgenes que dicho estándar de conducta impone. Las opciones son que se realice conforme al precio vigente al momento en que se tiene conocimiento de la repudiación; que se utilice el precio vigente al momento en que la prestación prometida debía realizarse; o que se determine en base a una proyección acerca del precio esperado para la fecha en que debía ejecutarse la obligación.¹⁶⁹

Los profesores LIMBURG¹⁷⁰ y BALLENTINE llegan a la conclusión, en sus respectivos trabajos, que la respuesta correcta es la tercera de las alternativas presentadas, es decir, que “los daños deben ser calculados en base al probable

¹⁶⁸ WILLISTON, Samuel. 1957 *Op. Cit.* pp. 197 y ss.

¹⁶⁹ JACKSON, Thomas. *Op. Cit.* p. 82.

¹⁷⁰ LIMBURG, Herbert R. *Op. Cit.* p. 170.

precio de los bienes a la fecha en que la entrega debe realizarse”.¹⁷¹ A la misma respuesta llega, años después, el profesor JACKSON básicamente por dos razones. Compensar conforme al precio vigente al momento de la repudiación significaría estar obligado a entregar algo con anterioridad al tiempo al que se ha obligado a hacerlo. Dicha opción podría ser justificada desde la perspectiva de la mitigación de daños, si se prevé que el precio vigente al momento de la repudiación va a ser menor que el esperado en la fecha de ejecución de la obligación. Pero en caso de que no sea así y el precio vigente al momento de la repudiación se espera que sea mayor al esperado para la fecha de ejecución de la obligación, se le estará obligando al deudor a pagar una suma mayor a la cual está contractualmente obligado.¹⁷²

Por último, la respuesta al cuándo debe pagarse, es posible desprenderla de los fundamentos dados en los párrafos anteriores: el acreedor no tiene derecho a recibir su compensación con anterioridad a la fecha en que la ejecución debía llevar a cabo.¹⁷³

Otro tipo de daño que se puede presentar son los llamados *consequential injuries* (daños consecuenciales). Estos serán daños o pérdidas distintos al valor de la obligación repudiada, pero que devienen o derivan del hecho de la repudiación.¹⁷⁴ Siempre que esos daños o pérdidas puedan ser

¹⁷¹ Traducción libre de: “*the damages must be calculated on the basis of the probable price of the goods at the time delivery should have been made*”. BALLANTINE, Henry. *Op. Cit.* p. 342.

¹⁷² JACKSON, Thomas. *Op. Cit.* pp. 94-95.

¹⁷³ BALLANTINE, Henry. *Op. Cit.* p. 338.

¹⁷⁴ CORBIN, Arthur Linton. *Op. Cit.* p. 947.

debidamente probados, y que hayan sido previsibles para cualquier persona razonable en la posición del incumplidor al tiempo del contrato, éstos deben ser cubiertos por la indemnización.¹⁷⁵

f) Terminación o Resolución del contrato.

La terminación del contrato siempre va a estar justificada mientras esté presente la razonable inferencia de que se producirá un incumplimiento fundamental previsible.¹⁷⁶

Como veremos en el siguiente capítulo, este es el remedio al que más frecuentemente recurren los ordenamientos positivos que regulan la Teoría del Incumplimiento Anticipado.

Este remedio tiene por objeto liberar a las partes de las obligaciones contraídas bajo el contrato. Además, y así ocurre en los casos en de positivización de la Teoría, es posible que este remedio se complemente con otros –siempre que concurren los supuestos que se exigen para que dichos remedios estén disponibles para el acreedor- para efectos de que las partes queden en el mismo estado en que se encontraban con anterioridad a la celebración del contrato, por ejemplo, mediante la restitución de las prestaciones mutuas, o que se repare el daño que se haya provocado y que sea

¹⁷⁵Ibid.

¹⁷⁶ LIU, Qiao. 2007. *Op. Cit.* p. 598.

imputable al incumplimiento de la contraparte mediante la indemnización de perjuicios.

En este caso no se recurre a ningún criterio de imputabilidad del incumplimiento como requisito a la disponibilidad de este remedio por parte del acreedor afectado. Se utiliza, nuevamente, un concepto objetivo de incumplimiento, sin que sea necesario probar culpa o dolo en la conducta de deudor para que proceda la resolución del contrato.

IV. CASOS DE POSITIVIZACIÓN Y ESTUDIO DEL REMEDIO DE INCUMPLIMIENTO ANTICIPADO A NIVEL INTERNACIONAL.

i) Introducción.

En este capítulo analizaremos algunos casos en que la Teoría de Incumplimiento Anticipado ha sido, con más o menos diferencias respecto a su construcción doctrinal, reconocida en textos positivos o que se encuentran en proceso de llegar a serlos.

ii) Convención de las Naciones Unidas sobre la compraventa internacional de mercaderías.

La Convención de las Naciones Unidas sobre compraventa internacional de mercaderías (en adelante Convención de Viena o la Convención) firmada en Viena el año 1980, es un caso emblemático del reconocimiento e internacionalización de la Teoría de Incumplimiento Anticipado. Hay que recordar que dicha Convención fue ratificada por el Estado chileno y publicada en el Diario Oficial con fecha 3 de octubre del año 1990, por lo que constituye ley de la República.

Antes de analizar la forma en que la Convención reconoce la Teoría, es necesario que estudiemos cuál es el campo de aplicación de dicha Convención. Al respecto su artículo 1 señala lo siguiente:

“1) La presente Convención se aplicará a los contratos de compraventa de mercaderías entre partes que tengan sus establecimientos en Estados diferentes:

a) cuando esos Estados sean Estados Contratantes; o

b) cuando las normas de derecho internacional privado prevean la aplicación de la ley de un Estado Contratante.

2) No se tendrá en cuenta el hecho de que las partes tengan sus establecimientos en Estados diferentes cuando ello no resulte del contrato, ni de los tratos entre ellas, ni de información revelada por las partes en cualquier momento antes de la celebración del contrato o en el momento de su celebración.

3) A los efectos de determinar la aplicación de la presente Convención, no se tendrán en cuenta ni la nacionalidad de las partes ni el carácter civil o comercial de las partes o del contrato.”

Así observamos que el criterio para determinar que un contrato de compraventa tiene el carácter de internacional, es que las partes tengan su

establecimiento de negocios en Estados diferentes. Acá no es relevante dónde se lleva a cabo la negociación, ni dónde se va a ejecutar el contrato.¹⁷⁷

Se ha entendido que lugar de negocios o establecimiento se refiere a uno en el cual la parte realiza negocios y transacciones de forma permanente y regular, un lugar con el cual se tenga una conexión real. Es por ello que se excluyen establecimientos pasajeros o meramente transaccionales. Sin embargo, no se debe asimilar al lugar del establecimiento principal de negocios, es posible que el establecimiento de negocios sea una subsidiaria de una matriz y de igual forma quedar bajo el marco regulatorio de la Convención. En esos casos (donde hay múltiples establecimientos), el establecimiento de negocios que se tendrá en cuenta, es aquel que tiene una vinculación más cercana con el contrato y su ejecución.¹⁷⁸

Además de estar en Estados diferentes, es necesario que aquellos donde se encuentran los establecimientos sean contratantes de la Convención. Eso significa que deben haber ratificado, aprobado o aceptado o accedido a la Convención de Viena.¹⁷⁹ Como señala el artículo 1, es necesario que ambos Estados sean contratantes o aquél cuyas leyes son aplicables al contrato, según las reglas del Derecho Internacional Privado.

¹⁷⁷BERNASCONI, Christopher. 1999. *The Personal and Territorial Scope of the Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods (Article 1)*, Netherlands International Law Review 46: 142-143.

¹⁷⁸BERNASCONI, Christopher. *Op. Cit.* pp. 145-146.

¹⁷⁹BERNASCONI, Christopher. *Op. Cit.* p. 153.

En cuanto al tratamiento que da la Convención a la Teoría de Incumplimiento Anticipado, luego de una importante oposición de los países en desarrollo, basada principalmente en el temor de que una institución como ésta pueda ser perjudicial para la parte más débil de la relación contractual,¹⁸⁰ fue incorporada en sus artículos 71 y 72.

En efecto, en los señalados artículos se establece lo siguiente:

Artículo 71:

“1) Cualquiera de las partes podrá diferir el cumplimiento de sus obligaciones si, después de la celebración del contrato, resulta manifiesto que la otra parte no cumplirá una parte sustancial de sus obligaciones a causa de:

a) un grave menoscabo de su capacidad para cumplirlas o de su solvencia, o

b) su comportamiento al disponerse a cumplir o al cumplir el contrato.

2) El vendedor, si ya hubiere expedido las mercaderías antes de que resulten evidentes los motivos a que se refiere el párrafo precedente, podrá oponerse a que las mercaderías se pongan en poder del comprador, aun cuando éste sea tenedor de un documento que le permita obtenerlas. Este párrafo concierne sólo a los derechos respectivos del comprador y del vendedor sobre las mercaderías.

¹⁸⁰STRUB, M. Gilbey. 1989. *The Convention on the International Sale of Goods: Anticipatory Repudiation Provisions and Developing Countries*. *International and Comparative Law Quarterly* 38: 489-490.

3) La parte que difiera el cumplimiento de lo que le incumbe, antes o después de la expedición de las mercaderías, deberá comunicarlo inmediatamente a la otra parte y deberá proceder al cumplimiento si esa otra parte da seguridades suficientes de que cumplirá sus obligaciones.”

Artículo 72:

“1) Si antes de la fecha de cumplimiento fuere patente que una de las partes incurrirá en incumplimiento esencial del contrato, la otra parte podrá declararlo resuelto.

2) Si hubiere tiempo para ello, la parte que tuviere la intención de declarar resuelto el contrato deberá comunicarlo con antelación razonable a la otra parte para que ésta pueda dar seguridades suficientes de que cumplirá sus obligaciones.

3) Los requisitos del párrafo precedente no se aplicarán si la otra parte hubiere declarado que no cumplirá sus obligaciones.”

Podemos constatar que la Convención da derechos diferentes al acreedor según sean las circunstancias. Por una parte, el art. 71, da derecho a suspender la ejecución de su obligación y a exigir seguridades de cumplimiento. Por otra, el art. 72, da un derecho de efectos más graves al permitir que el acreedor declare resuelto el contrato. Dada la distinta envergadura de los remedios contemplados en ambos artículos, los presupuestos son distintos en cada caso, siendo claramente más exigentes en el caso de resolución.

Así, para el caso de suspensión, el art. 71 exige que sea “manifiesto”¹⁸¹ que la otra parte no cumplirá una parte sustancial” del contrato. Se ha entendido que el estándar contemplado en dicha norma no es la certeza absoluta de que se producirá un incumplimiento. Esto se concluye puesto que la Conferencia Diplomática rechazó utilizar un criterio de total seguridad para el remedio de suspensión, y ello con el objeto de diferenciar con claridad los presupuestos de éste derecho respecto al de resolución. Además, da la posibilidad a la parte presuntamente incumplidora para disipar los temores de incumplimiento, mediante el ofrecimiento de garantías adecuadas. En todo caso, “el temor subjetivo no justifica la suspensión; tienen que haber fundamentos objetivos que muestren un probabilidad sustancial de incumplimiento.”¹⁸²

Los fundamentos de dicho temor tampoco pueden ser cualesquiera. El artículo 71 señala que se debe fundar en: “a) un grave menoscabo de su capacidad para cumplirlas o de su solvencia, o b) su comportamiento al disponerse a cumplir o al cumplir el contrato.” Además dicho incumplimiento prospectivo debe estar referido a una “parte sustancial” del contrato.

Podemos observar que no se hace referencia a ninguna intencionalidad por parte del deudor. Así constatamos que se hace uso de un concepto objetivo de incumplimiento, siendo lo único relevante el hecho de que el acreedor no

¹⁸¹ “*Il apparait*” e “*it appears*” en las versiones en francés e inglés de la Convención.

¹⁸² Traducción libre de: “[S]ubjective fear will not justify suspension; there must be objective grounds showing substantial probability of non-performance.” HONNOLD, John O. 1999. *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*. 3rd edition, Kluwer Law International, La Haya, p. 430.

será satisfecho en su derecho, sin serlo el estado subjetivo del deudor. Es por ello que se dan como ejemplo de circunstancias que constituyen fundados motivos para temer que la obligación no será cumplida, la explosión de una guerra y un embargo a las exportaciones¹⁸³, es decir, circunstancias que no tienen que ver con el deseo del deudor de cumplir o no, sino con escenarios que se escapan de su esfera de control.

Una vez que se suspende el cumplimiento por una de las partes, ésta debe dar aviso inmediato a la otra, lo que da oportunidad al presunto incumplidor a restablecer el curso normal del contrato dando “seguridades suficientes de que cumplirá sus obligaciones”. En ese caso se demuestra que el temor del acreedor es infundado y que, por lo tanto, la suspensión ya no se encuentra justificada, ya que se hace patente la capacidad que la contraparte tiene para llevar a cabo el contrato conforme a los términos del mismo.

Adecuada seguridad o garantía consiste en que “la parte notificada de la suspensión debe proveer evidencia de datos o acciones concretas que disipen la amenaza de que él ‘no ejecutará parte sustancial de sus obligaciones’ (Art. 71(1)).”¹⁸⁴ El concepto de adecuada seguridad es uno que sólo podrá ser determinado en concreto y con especial atención al tipo de amenaza de incumplimiento a la cual debe hacer frente. Lo importante es que pruebe que ninguna parte sustancial del contrato se verá afectada, no es necesario que se

¹⁸³STRUB, M. Gilbey. *Op. Cit.* pp. 495.

¹⁸⁴ Traducción libre: “[A] party notified of suspension must provide evidence of concrete facts or action that removes the threat that he ‘will not perform a substantial part of his obligation’ (Art. 71(1)).” HONNOLD, John O. *Op. Cit.* p. 434.

asegure un cumplimiento perfecto de la obligación.¹⁸⁵ Así, por ejemplo, si se asegura el cumplimiento, pero con un pequeño retraso (salvo que el cumplimiento oportuno sea una cuestión esencial del contrato), la suspensión debe terminar. Esto sin perjuicio de que se deba compensar por dicha demora, compensación por la cual también se puede exigir garantías a la contraparte.¹⁸⁶

Por su parte el art. 72 reconoce el derecho a resolver el contrato cuando “fuere patente¹⁸⁷ que una de las partes incurrirá en incumplimiento esencial del contrato”. El incumplimiento tiene ese carácter cuando, conforme al art. 25 de la Convención:

“El incumplimiento del contrato por una de las partes será esencial cuando cause a la otra parte un perjuicio tal que la prive sustancialmente de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato, salvo que la parte que haya incumplido no hubiera previsto tal resultado y que una persona razonable de la misma condición no lo hubiera previsto en igual situación”.

Los presupuestos que dan lugar a este remedio son de mayor gravedad que en el caso de la suspensión, lo que se justifica en el hecho de que la resolución es una sanción más grave que la contemplada en el art. 71.

Un caso en el que no cabe duda alguna de que estamos ante un incumplimiento fundamental, es aquel contemplado en el art. 72 (3), es decir: “si la otra parte hubiere declarado que no cumplirá sus obligaciones.” En ese caso

¹⁸⁵STRUB, M. Gilbey. *Op. Cit.* p. 496.

¹⁸⁶HONNOLD, John O. *Op. Cit.* pp. 434-435.

¹⁸⁷“*It's clear*” en la versión en inglés de la Convención.

ni siquiera es necesario informar a la contraparte para efectos de que ésta pueda dar seguridades o garantías de que cumplirá.

En lo demás casos la parte que pretende resolver el contrato debe ser en extremo prudente en el ejercicio de dicho derecho. Como vimos en el capítulo anterior, el recurrir de forma equivocada a este remedio puede significar que se caiga en hipótesis de incumplimiento contractual por repudiación, justificando la suspensión o resolución del contrato por la otra parte.¹⁸⁸

En nuestra opinión, para estos casos de mayor dificultad, la Convención ofrece un procedimiento que puede traer aparejada mayores niveles de certeza. “Si hubiere tiempo para ello” (art. 72 (2)), el que pretende resolver el contrato debe comunicar su intención a la otra parte, esto para efectos de que ésta pueda otorgar seguridades suficientes de que está en condiciones de cumplir el contrato. En el caso de que la contraparte falle en entregar dichas garantías, se perfecciona el incumplimiento anticipado y se da lugar a la resolución del contrato.¹⁸⁹

Esta interpretación no es compartida por toda la doctrina, ya que hay sectores que consideran que el art. 72 es ambiguo y que el simple hecho de que no se otorgue la garantía solicitada es demasiado vago como para dar lugar a la resolución.¹⁹⁰

¹⁸⁸ HONNOLD, John O. *Op. Cit.* p. 438.

¹⁸⁹ HONNOLD, John O. *Op. Cit.* p. 436.

¹⁹⁰ STRUB, M. Gilbey. *TOp. Cit.* pp. 497-498.

Considero que lo más apropiado es dar lugar a la resolución en el caso de que se falle en otorgar la garantía solicitada, pero siempre que se cumplan con los presupuestos contemplados en el art. 72 (1): que sea claro que se incurrirá un incumplimiento fundamental. Esto porque es justamente el hecho de que dichas circunstancias estén presentes y que, además, el tiempo lo permita, para que se justifique la solicitud de garantías. En caso de que esos presupuestos no estén presentes, la sanción para el acreedor es que se le considera a él en incumplimiento contractual. Por lo tanto, el apartado (2) del citado artículo es uno que pretende dar supervivencia a un contrato en el cual ya todo indica que no se podrá ejecutar conforme a lo planeado, es un último recurso que sólo se exige cuando los tiempos lo permiten. Bajo este estado de cosas, el no ser capaz de otorgar las garantías solicitadas confirma que la contraparte no está en condiciones de cumplir con lo prometido y, por lo tanto, se debe dar lugar a la resolución.

Aceptar la interpretación contraria genera un importante grado de incertidumbre en la relación contractual, ya que inmediatamente surge la pregunta ¿Qué ocurre luego de que se falle en otorgar la garantía? Los que la sostienen señalan, que resolver el contrato por el solo hecho de no otorgar la garantía solicitada, sería demasiado severo. Pero yerran al obviar el hecho de que la solicitud de esa garantía sólo procede cuando ya es claro que se incurrirá en un incumplimiento contractual. Se podría decir que eso otorga demasiado poder al acreedor, pero el hecho es que en el caso de que la

solicitud de seguridades sea injustificada, la defensa con la que cuenta la parte a la cual le solicitan la seguridad, no es no otorgarla (especialmente en consideración de que el concepto de garantía suficiente es uno con vocación amplia), sino que entender que dicha solicitud de garantías se constituye como una repudiación del contrato por la contraparte, y que por lo tanto, tiene el derecho a poner término al mismo, pudiendo exigir el resarcimiento de los daños que ello le produzca.

Así las cosas, si la solicitud de garantías fue injustificada o si existía mérito para pedirla, será una cuestión de hecho que deberá resolver un tribunal competente *a posteriori*, decisión en virtud de la cual se deberá imputar responsabilidad a alguna de las partes.

Una crítica justificada, pero distinta a la recién debatida, es aquella que sostiene que el aviso de la resolución debería ser obligatorio y no limitarse a aquellos casos en el tiempo lo permite. Dicha provisión puede ser demasiado dura con la parte débil del contrato, en especial aquellas que se encuentran en países en vías de desarrollo donde las circunstancias hacen que las dificultades para el cumplimiento sean más frecuentes.¹⁹¹

En resumen, el caso del art. 72 la Convención otorga el derecho de resolver el contrato bajo ciertas circunstancias, donde se observa con claridad que se producirá un incumplimiento fundamental de lo prometido. Por otra parte

¹⁹¹STRUB, M. Gilbey. *Op. Cit.* pp. 499-501.

el art. 71 ofrece el remedio de la suspensión del cumplimiento para casos de menor gravedad.

La Convención permite a la parte afectada por un incumplimiento ser indemnizada por los daños que sufra en virtud del mismo.¹⁹² Además, cabe tener en cuenta que la Convención de Viena contempla, como regla general, el deber de mitigar daños (art. 77¹⁹³).

iii) Uniform Commercial Code (UCC).

Como señalamos en el capítulo anterior, el Uniform Commercial Code (UCC) no es un texto legal. Sin embargo, ha servido de base para muchas leyes en diversos Estados de los Estados Unidos. Es por lo dicho, que resulta de gran importancia revisar y estudiar el tratamiento que este documento le da a la Teoría del Incumplimiento Anticipado.

El UCC reconoce la Teoría en el artículo 2 en sus secciones 609, 610 y 611. En éstas se establece lo siguiente:

¹⁹² Artículo 74: La indemnización de daños y perjuicios por el incumplimiento del contrato en que haya incurrido una de las partes comprenderá el valor de la pérdida sufrida y el de la ganancia dejada de obtener por la otra parte como consecuencia del incumplimiento. Esa indemnización no podrá exceder de la pérdida que la parte que haya incurrido en incumplimiento hubiera previsto o debiera haber previsto en el momento de la celebración del contrato, tomando en consideración los hechos de que tuvo o debió haber tenido conocimiento en ese momento, como consecuencia posible del incumplimiento del contrato.

¹⁹³ Artículo 77: La parte que invoque el incumplimiento del contrato deberá adoptar las medidas que sean razonables, atendidas las circunstancias, para reducir la pérdida, incluido el lucro cesante, resultante del incumplimiento. Si no adopta tales medidas, la otra parte podrá pedir que se reduzca la indemnización de los daños y perjuicios en la cuantía en que debía haberse reducido la pérdida.

“§ 2-609. Derecho a Garantía Adecuada de Cumplimiento.

(1) Un contrato de venta impone la obligación a cada una de las partes de que la expectativa de la otra de recibir debido cumplimiento no será afectada negativamente. Cuando surjan razonables motivos de inseguridad con respecto al cumplimiento de alguna de las partes, la otra podrá demandar por escrito garantías adecuadas de cumplimiento y hasta que reciba dichas garantías podrá, si es comercialmente razonable, suspender la ejecución de sus obligaciones por las cuales él no haya recibido lo prometido a cambio.

(2) Entre comerciantes los motivos razonables de inseguridad y la adecuación de cualquier garantía ofrecida debe ser determinado de acuerdo con los estándares comerciales.

(3) La aceptación de cualquier envío o pago defectuoso no perjudica el derecho de la parte agraviada a demandar garantías adecuadas para futuros cumplimientos.

(4) Luego de recibir una solicitud justificada de garantías de cumplimiento adecuada bajo las circunstancias del caso en particular, no proveer, dentro de un tiempo razonable que no exceda de treinta días, dicha garantía, es una repudiación del contrato.¹⁹⁴”

¹⁹⁴ Traducción libre de:

§ 2-609. *Right to Adequate Assurance of Performance.*

(1) *A contract for sale imposes an obligation on each party that the other's expectation of receiving due performance will not be impaired. When reasonable grounds for insecurity arise with respect to the performance of either party the other may in writing demand adequate assurance of due performance and until he receives such assurance may if commercially reasonable suspend any performance for which he has not already received the agreed return.*

“§ 2-610. Repudiación Anticipada.

Cuando cualquiera de las partes repudia el contrato respecto a una obligación aún no exigible de la cual se derivará una pérdida sustancial del valor que el contrato tiene para la otra, la parte agraviada podrá:

(a) esperar por un tiempo comercialmente razonable que la parte que repudia ejecute su obligación; o

(b) recurrir a cualquiera de los remedios para el incumplimiento (sección 2-703 o sección 2-711), incluso cuando haya notificado a la parte que repudia que esperará por la ejecución posterior de lo prometido y haya solicitado una retractación; y

(c) en cualquier de los dos casos, suspender la ejecución de su obligación o proceder de acuerdo con este Artículo respecto al derecho del vendedor de identificar los bienes del contrato, a pesar el incumplimiento, o a salvaguardar bienes no terminados (sección 2-704).^{195”}

(2) Between merchants the reasonableness of grounds for insecurity and the adequacy of any assurance offered shall be determined according to commercial standards.

(3) Acceptance of any improper delivery or payment does not prejudice the aggrieved party's right to demand adequate assurance of future performance.

(4) After receipt of a justified demand failure to provide within a reasonable time not exceeding thirty days such assurance of due performance as is adequate under the circumstances of the particular case is a repudiation of the contract.

¹⁹⁵ Traducción libre de:

§ 2-610. Anticipatory Repudiation.

When either party repudiates the contract with respect to a performance not yet due the loss of which will substantially impair the value of the contract to the other, the aggrieved party may

(a) for a commercially reasonable time await performance by the repudiating party; or

(b) resort to any remedy for breach (Section 2-703 or Section 2-711), even though he has notified the repudiating party that he would await the latter's performance and has urged retraction; and

(c) in either case suspend his own performance or proceed in accordance with the provisions of this Article on the seller's right to identify goods to the contract notwithstanding breach or to salvage unfinished goods (Section 2-704).

“§ 2-611. Retracción de Repudiación Anticipada.

(1) Hasta que le ejecución de la parte que repudia sea exigible, ésta puede retractarse de su repudiación salvo que la parte agraviada haya, a partir de la repudiación, cancelado o materialmente cambiado su posición o indicado en cualquier forma que considera la repudiación como final.

(2) La retractación puede ser efectuada con cualquier método que claramente indique a la parte agraviada que la parte que repudia pretende cumplir, pero debe incluir cualquier garantía que justificadamente se demande bajo este Artículo (sección 2-609).

(3) La retractación restituye los derechos de la parte que repudia bajo el contrato con la debida excusa y tolerancia para con la parte agraviada de cualquier retraso provocado por la repudiación.¹⁹⁶”

En cuanto al derecho de garantía de cumplimiento contemplado en el art. 2 sección 609, es necesario establecer cuál es el campo de aplicación del

¹⁹⁶Traducción libre de:

§ 2-611. Retraction of Anticipatory Repudiation.

(1) Until the repudiating party's next performance is due he can retract his repudiation unless the aggrieved party has since the repudiation cancelled or materially changed his position or otherwise indicated that he considers the repudiation final.

(2) Retraction may be by any method which clearly indicates to the aggrieved party that the repudiating party intends to perform, but must include any assurance justifiably demanded under the provisions of this Article (Section 2-609).

(3) Retraction reinstates the repudiating party's rights under the contract with due excuse and allowance to the aggrieved party for any delay occasioned by the repudiation.

mismo. En el párrafo (1) de dicha sección se señala que “[u]n contrato de venta impone la obligación...” Lo que conforme al artículo 2-106 (1) del UCC limita la aplicación de la sección en estudio a contratos de venta de bienes.¹⁹⁷

Otro aspecto relevante es determinar cuáles son motivos razonables de inseguridad (*reasonable grounds of insecurity*). Interpretando al Código, el profesor PERILLO señala que estos motivos “existen cuando la voluntad o la habilidad de una parte para cumplir materialmente declina entre la época de la contratación y la época de la ejecución.”¹⁹⁸ El mismo profesor nos enseña que en dicha disposición se encuentra implícita la idea de que dicha inseguridad debe estar fundada en aspectos no conocidos al momento de contratar por la parte que demanda garantías y que, por lo tanto, no hayan sido riesgos asumidos por ella en ese momento.¹⁹⁹

Bajo estas circunstancias, se le dan dos alternativas a la parte supuestamente agraviada: (i) suspender el cumplimiento de su obligación; y (ii) solicitar garantías adecuadas. La primera de las alternativas no merece más análisis del que se le ha dado en apartados o capítulos anteriores de este estudio. Sin embargo, siempre vale la pena recordar que el empleo arbitrario e

¹⁹⁷ § 2-106. Definitions: "Contract"; "Agreement"; "Contract for sale"; "Sale"; "Present sale"; "Conforming to Contract"; "Termination"; "Cancellation".

(1) In this Article unless the context otherwise requires "contract" and "agreement" are limited to those relating to the present or future sale of goods. "Contract for sale" includes both a present sale of goods and a contract to sell goods at a future time. A "sale" consists in the passing of title from the seller to the buyer for a price (Section 2-401). A "present sale" means a sale which is accomplished by the making of the contract.

¹⁹⁸ Traducción libre de: "exist when the willingness or the ability of a party to perform materially declines between the time of contracting and the time for performance." PERILLO, Joseph. *Op. Cit.* p. 493.

¹⁹⁹ *Ibid.*

injustificado de una facultad como ésta puede significar que la parte que suspende la ejecución caiga en un supuesto de incumplimiento contractual.

En cuanto a la segunda de las alternativas, debemos detenernos en el concepto de “garantía adecuada”. En este concepto estaría envuelta la idea de que se deben dar garantías comercialmente razonables. Éstas varían según sean las circunstancias y el prestigio de las partes.²⁰⁰

El UCC es explícito, a diferencia de lo que vimos en el caso de la Convención de Viena, en señalar que en caso de que la parte requerida falle en otorgar las garantías adecuadas, su conducta constituye una repudiación del contrato. Al respecto establece un procedimiento claro en el cual se da un tiempo comercialmente razonable, que no exceda de treinta días, a la parte para que dé respuesta a la solicitud de garantías.

Una vez que nos encontramos ante una repudiación, sea porque se falla en otorgar las garantías razonables que se solicitaron o porque se incurre en conductas que *per se* constituyen una repudiación, nos encontramos bajo el campo de aplicación del art. 2-610.

Estaremos ante una repudiación siempre que una persona razonable interpretaría, de la conducta o expresiones verbales de la otra parte, que ésta no desea o no puede cumplir con lo prometido bajo el contrato.²⁰¹

²⁰⁰ Así el profesor PERILLO señala que en algunos casos será suficiente una carta reafirmando su intención de cumplir y en otros será necesario el depósito de una garantía. PERILLO, Joseph. *Op. Cit.* p. 494.

²⁰¹ PERILLO, Joseph. *Op. Cit.* p. 499. Para una revisión más acabada de lo que constituye una repudiación véase el Capítulo III sección (v) apartado letra (b).

Bajo estos supuestos el UCC otorga a la parte agraviada tres alternativas:

a) Esperar por un tiempo comercialmente razonable que la parte que repudia cumpla con lo prometido. El límite de dicho tiempo va a estar especialmente vinculado con la obligación general de mitigar daños.²⁰² En efecto, la parte agraviada no podrá reclamar por daños que razonablemente pudo haber evitado. Por lo tanto, cuando la espera de ejecución de la obligación signifique un aumento en los daños sufridos por la parte afectada, lo más sensato será dejar de esperar, ya que todas esas pérdidas no serán compensadas por una eventual indemnización.

b) Recurrir a cualquier remedio. Al efecto se hace referencia a dos secciones del artículo 2 del UCC la 703²⁰³ y 711²⁰⁴, dependiendo si la parte

²⁰² PERILLO, Joseph. *Op. Cit.* p. 505.

²⁰³ § 2-703. *Seller's Remedies in General.*

(1) A breach of contract by the buyer includes the buyer's wrongful rejection or wrongful attempt to revoke acceptance of goods, wrongful failure to perform a contractual obligation, failure to make a payment when due, and repudiation.

(2) If the buyer is in breach of contract the seller, to the extent provided for by this Act or other law, may:

(a) withhold delivery of such goods;

(b) stop delivery of the goods under Section 2-705;

(c) proceed under Section 2-704 with respect to goods unidentified to the contract or unfinished;

(d) reclaim the goods under Section 2-507(2) or 2-702(2);

(e) require payment directly from the buyer under Section 2-325(c);

(f) cancel;

(g) resell and recover damages under Section 2-706;

(h) recover damages for non-acceptance or repudiation under (Section 2-708(1) or in a proper case the price (Section 2-709);

(j) recover the price under Section 2-709;

(k) obtain specific performance under Section 2-716;

(l) recover liquidated damages under Section 2-718;

(m) in other cases, recover damages in any manner that is reasonable under the circumstances.

(3) If the buyer becomes insolvent, the seller may:

(a) withhold delivery under Section 2-702(1);

(b) stop delivery of the goods under Section 2-705;

(c) reclaim the goods under Section 2-702(2).

²⁰⁴§ 2-711. *Buyer's Remedies in General; Buyer's Security Interest in Rejected Goods.*

(1) A breach of contract by the seller includes the seller's wrongful failure to deliver or to perform a contractual obligation, making of a nonconforming tender of delivery or performance, and repudiation.

(2) If the seller is in breach of contract under subsection (1), the buyer, to the extent provided for by this Act or other law, may:

(a) in the case of rightful cancellation, rightful rejection, or justifiable revocation of acceptance, recover so much of the price as has been paid;

(b) deduct damages from any part of the price still due under Section 2-717;

(c) cancel;

(d) cover and have damages under Section 2-712 as to all goods affected whether or not they have been identified to the contract;

(e) recover damages for nondelivery or repudiation under Section 2-713;

(f) recover damages for breach with regard to accepted goods or breach with regard to a remedial promise under Section 2-714;

(g) recover identified goods under Section 2-502;

(h) obtain specific performance or obtain the goods by replevin or similar remedy under Section 2-716;

(i) recover liquidated damages under Section 2-718;

(j) in other cases, recover damages in any manner that is reasonable under the circumstances.

agraviada es el vendedor o comprador. Al respecto, destacamos el amplio catálogo de alternativas que ofrece al acreedor, para efectos de que pueda escoger aquel remedio que mayor satisfacción a sus intereses le entregue.

El UCC, además, explícitamente señala que el hecho de que la parte agraviada comunique a la que repudia que esperará el cumplimiento, solicitando retractación, no le priva del derecho a recurrir a los remedios contractuales. Con esto se deja en claro que rechaza la llamada Teoría de la Elección discutida más arriba.²⁰⁵

c) Por último, se permite suspender ejecución de la obligación contractual. Además, a los vendedores les permite proceder conforme a lo establecido en el art. 2-704. Dicha sección le permite especificar -dentro de un género- qué bienes serían destinados al contrato repudiado y venderlos, estén dichos bienes terminados en su manufactura o no. En este último caso podrá, también, suspender el proceso productivo y vender por piezas o como chatarra.²⁰⁶ Todo lo que haga bajo el amparo de dicha disposición será entendido como una conducta razonable dirigida a mitigar daños.

²⁰⁵ Véase Capítulo III sección (v) apartado letra (c).

²⁰⁶ § 2-704. *Seller's Right to Identify Goods to the Contract Notwithstanding Breach or to Salvage Unfinished Goods.*

(1) An aggrieved seller under the preceding section may

(a) identify to the contract conforming goods not already identified if at the time he learned of the breach they are in his possession or control;

(b) treat as the subject of resale goods which have demonstrably been intended for the particular contract even though those goods are unfinished.

Por último, debemos destacar que el UCC reconoce, en la sección 611 del artículo 2 antes transcrita, el derecho de retractación. Esto permite a la parte que repudia restablecer el contrato con todos sus derechos, obligaciones y modalidades. El límite al que está sujeto el repudiador es que la parte agraviada no haya recurrido a cualquiera de los remedios que el sistema le provee (e.g. cancelación del contrato, operación de cobertura, demanda por daños, etc.), además de que la retractación se debe realizar antes de que el cumplimiento sea exigible conforme al contrato, es decir con anterioridad a que llegue la fecha de ejecución de la obligación.

La forma en que la retractación debe concretarse varía según la forma que haya tenido la repudiación. En el caso de que se haya repudiado mediante palabras es necesario que se comunique de la misma manera el deseo de retirarla y continuar con el contrato. En el caso de que sean conductas incompatibles con el contrato las que se constituyeron como repudiación del mismo, es necesario que la retractación consista en que se lleven a cabo las conductas que permiten adquirir nuevamente la capacidad de cumplir con lo prometido.²⁰⁷

iv) Código Civil Alemán: *BürgerlichesGesetzbuch* oBGB.

(2) Where the goods are unfinished an aggrieved seller may in the exercise of reasonable commercial judgment for the purposes of avoiding loss and of effective realization either complete the manufacture and wholly identify the goods to the contract or cease manufacture and resell for scrap or salvage value or proceed in any other reasonable manner.

²⁰⁷ WILLISTON, Samuel. 1957. *Op. Cit.* p. 182.

Luego de constatarse la distancia que existía entre la realidad jurídica y el Derecho codificado, se inició en Alemania un proceso que concluyó con la mayor reforma que se ha hecho del Código Civil alemán en sus más de cien años de vigencia.²⁰⁸

Mediante dicha reforma el Derecho Civil alemán integra las doctrinas más modernas desarrolladas por su jurisprudencia y se pone en línea con el desarrollo del Derecho de los Contratos tanto a nivel europeo como internacional.²⁰⁹

Actualmente el BGB reconoce positivamente la Teoría de Incumplimiento Anticipado. Este caso es especialmente llamativo ya que la tradición jurídica alemana está vinculada con el Derecho Continental, por oposición a la tradición del *CommonLaw*, cuna de la Teoría que analizamos. El artículo 321 del BGB establece lo siguiente:

§ 321.Excepción por Incertidumbre.

(1) El que se ha obligado por un contrato bilateral a cumplir anticipadamente, puede negar la prestación que le incumbe cuando después de celebrarse el contrato se ponga de manifiesto que su pretensión a la contraprestación peligra por la escasa capacidad de la contraparte. Este

²⁰⁸ EBERS, Martin. 2003. *La nueva regulación del incumplimiento contractual en el BGB, tras la Ley de modernización del Derecho de obligaciones de 2002*. Anuario de Derecho Civil 56(4): 1576.

²⁰⁹ ALBIEZ Dohrmann, Klaus Joachen. 2002. *Un nuevo Derecho de obligaciones. La Reforma 2002 del BGB*. Anuario de Derecho Civil 55 (3): 1135.

derecho a denegar la prestación decae cuando se efectúe la contraprestación o se preste garantía de ella.

(2) El obligado a cumplir en primer lugar puede establecer un plazo razonable dentro del cual la contraparte debe efectuar la contraprestación inmediata a la prestación del primero o le preste una garantía, a su elección. Una vez transcurrido el plazo sin éxito, el obligado a cumplir en primer lugar puede resolver el contrato. Será de aplicación lo dispuesto por el §323.²¹⁰

La preocupación del BGB se centra en aquellos casos de contratos bilaterales en que una de las partes tiene que ejecutar su obligación con anterioridad a la otra. Para esos casos, en el evento de que surjan temores de que la contraparte no cumplirá con su contraprestación en el futuro, el afectado podrá exigir el cumplimiento o seguridades de forma simultánea al momento en que éste tiene que ejecutar lo prometido.

En caso de que –transcurrido un período de tiempo razonable- no se de cumplimiento a la obligación u otorgue garantías, se tiene derecho a poner

²¹⁰ Traducción de:

§ 321 Unsicherheitseinrede

(1) Wer aus einem gegenseitigen Vertrag vorzuleisten verpflichtet ist, kann die ihm obliegende Leistung verweigern, wenn nach Abschluss des Vertrags erkennbar wird, dass sein Anspruch auf die Gegenleistung durch mangelnde Leistungsfähigkeit des anderen Teils gefährdet wird. Das Leistungsverweigerungsrecht entfällt, wenn die Gegenleistung bewirkt oder Sicherheit für sie geleistet wird.

(2) Der Vorleistungspflichtige kann eine angemessene Frist bestimmen, in welcher der andere Teil Zug um Zug gegen die Leistung nach seiner Wahl die Gegenleistung zu bewirken oder Sicherheit zu leisten hat. Nach erfolglosem Ablauf der Frist kann der Vorleistungspflichtige vom Vertrag zurücktreten. §323 findet entsprechende Anwendung.

Extraída de: VIVES Montero, María Luisa. 2002. Traducción de la reforma 2002 del BGB. Anuario de Derecho Civil 55 (3): 1261 y 1262.

término al contrato conforme a lo establecido en la sección §323²¹¹. En dicha disposición el BGB autoriza la revocación de un contrato por incumplimiento o

²¹¹§323 Resolución por no cumplimiento de la prestación o por no ser ajustada al contrato.

(1) Si el deudor en un contrato bilateral no cumple una prestación debida o no se ajusta a lo estipulado, podrá el acreedor, cuando le haya otorgado sin éxito un plazo razonable para la prestación o su cumplimiento posterior, resolver el contrato.

(2) Se puede prescindir de fijar un plazo cuando:

1. el deudor deniegue la prestación seria y definitivamente.

2. el deudor no efectúe la prestación en el momento fijado en el contrato o dentro de un plazo determinado y el acreedor hubiese ligado el cumplimiento a su tiempo de la prestación con su interés en mantener el contrato, o

3. se den circunstancias especiales que justifiquen la inmediata resolución del contrato, equilibrando los intereses de ambas partes.

(3) Si no se pudiera considerar la fijación de una fecha concreta por la clase de incumplimiento, se sustituirá por un requerimiento.

(4) El acreedor puede resolver incluso antes del vencimiento de la prestación cuando sea manifiesto que se van a producir los presupuestos para resolver.

(5) Si el deudor ha efectuado un cumplimiento parcial de la prestación, sólo podrá el acreedor resolver el contrato entero si no tuviese ningún interés en el cumplimiento parcial. Si el deudor no cumpliera la prestación con arreglo a lo pactado en el contrato, no podrá el acreedor resolver el contrato si la lesión del deber no es de importancia.

(6) Se excluye la resolución cuando el acreedor sea responsable por sí solo o con carácter principal de la circunstancia que daría derecho a la resolución o cuando el deudor no sea responsable de una circunstancia que se produzca en un momento en el que el acreedor se hubiera retrasado ya en la aceptación.

Traducción de:

§ 323 Rücktritt wegen nicht oder nicht vertragsgemäß erbrachter Leistung

(1) Erbringt bei einem gegenseitigen Vertrag der Schuldner eine fällige Leistung nicht oder nicht vertragsgemäß, so kann der Gläubiger, wenn er dem Schuldner erfolglos eine angemessene Frist zur Leistung oder Nacherfüllung bestimmt hat, vom Vertrag zurücktreten.

(2) Die Fristsetzung ist entbehrlich, wenn

1. der Schuldner die Leistung ernsthaft und endgültig verweigert,

2. der Schuldner die Leistung zu einem im Vertrag bestimmten Termin oder innerhalb einer bestimmten Frist nicht bewirkt und der Gläubiger im Vertrag den Fortbestand seines Leistungsinteresses an die Rechtzeitigkeit der Leistung gebunden hat oder

3. besondere Umstände vorliegen, die unter Abwägung der beiderseitigen Interessen den sofortigen Rücktritt rechtfertigen.

(3) Kommt nach der Art der Pflichtverletzung eine Fristsetzung nicht in Betracht, so tritt an deren Stelle eine Abmahnung.

(4) Der Gläubiger kann bereits vor dem Eintritt der Fälligkeit der Leistung zurücktreten, wenn offensichtlich ist, dass die Voraussetzungen des Rücktritts eintreten werden.

(5) Hat der Schuldner eine Teilleistung bewirkt, so kann der Gläubiger vom ganzen Vertrag nur zurücktreten, wenn er an der Teilleistung kein Interesse hat. Hat der Schuldner die Leistung nicht vertragsgemäß bewirkt, so kann der Gläubiger vom Vertrag nicht zurücktreten, wenn die Pflichtverletzung unerheblich ist.

(6) Der Rücktritt ist ausgeschlossen, wenn der Gläubiger für den Umstand, der ihn zum Rücktritt berechtigen würde, allein oder weit überwiegend verantwortlich ist oder wenn der vom

cumplimiento imperfecto de la obligación, sin importar si hay culpa o no del deudor en el incumplimiento.²¹² Además, conforme a lo establecido en la sección §325, la resolución del contrato no excluye el derecho a solicitar indemnización de perjuicios.²¹³

v) Propuesta de modernización del derecho de las obligaciones y contratos del Código Civil Español.

Éste se constituye como otro importante ejemplo de la tendencia existente, la que incluso empapa nuestra tradición continental, a la modernización del Derecho de los contratos.²¹⁴ En el caso español la necesidad de avanzar en dicha dirección surge, principalmente, tras la aprobación de la Convención de Viena y las reformas de otros países Europeos, con lo que se

Schuldner nicht zu vertretende Umstand zu einer Zeit eintritt, zu welcher der Gläubiger im Verzug der Annahme ist.

En: VIVES Montero, María Luisa. *Op, Cit.* p. 1262.

²¹² EBERS, Martin. *Op, Cit.* p. 1596.

²¹³ **§ 325 Indemnización de daños y resolución.**

El derecho a solicitar indemnización de daños de un contrato bilateral no queda excluido por la resolución del mismo.

Traducción de:

§ 325 Schadensersatz und Rücktritt

Das Recht, bei einem gegenseitigen Vertrag Schadensersatz zu verlangen, wird durch den Rücktritt nicht ausgeschlossen.

En: VIVES Montero, María Luisa. *Op, Cit.* p. 1262.

²¹⁴ VIDAL Olivares, Alvaro. 2011. *El incumplimiento y los remedios del acreedor en la Propuesta de modernización del derecho de las obligaciones y contratos español.* Revista Chilena de Derecho Privado 16: 245-246.

busca la modernización y la uniformidad del derecho Europeo de los contratos.²¹⁵

La Propuesta de modernización del derecho de las obligaciones y contratos del Código Civil Español (en adelante la Propuesta) fue desarrollada por la Sección Civil de la Comisión General de Codificación del Ministerio de Justicia del Gobierno de España. La Comisión está integrada por importantes juristas españoles, quienes han hecho una propuesta que tiene como objeto modernizar la ley en materia Obligaciones y Contratos. La necesidad de dicha reforma surge de la constatación de que la regulación actual en la materia no tiene armonía y que sus disposiciones se ven superadas por la realidad del mundo económico, siendo insuficientes para superar los problemas que ésta plantea hoy.²¹⁶

En la Propuesta se retrata esa nueva realidad económica, y como ésta ha repercutido en el mundo jurídico, de la siguiente manera: “[l]os últimos años del siglo anterior [XX] y los primeros de éste [XXI] han incidido en el fenómeno conocido tópicamente como globalización, la multiplicación de los mercados y lo que podemos llamar relaciones transfronterizas. Todo ello, unido a la existencia de estructuras políticas supranacionales, ha impulsado el nacimiento de cuerpos de derecho que se ocupan de esta materia sirviéndose de nuevos

²¹⁵ COMISIÓN General de Codificación Sección Civil del Ministerio de Justicia del Gobierno de España. 2009. *Propuesta de Antproyecto de Ley de modernización del Derecho de obligaciones y contratos*. Madrid, Imprenta Nacional del Boletín Oficial del Estado, p. 11. Véase también: VIDAL Olivares, Alvaro. *Op. Cit.* pp. 248- 249.

²¹⁶ COMISIÓN General de Codificación Sección Civil del Ministerio de Justicia del Gobierno de España. *Op. Cit.* p. 10.

puntos de vista y de nuevos criterios.”²¹⁷ Como se dijo anteriormente, un punto de inflexión en dicho proceso es la aprobación de la Convención de Viena de 1980, la cual ha provocado la modificación o estudio de reforma de la regulación local de distintos países europeos, esto con el objeto “de colocarla[s] en paralelo con las líneas por las que puede discurrir el futuro del Derecho europeo de contratos.”²¹⁸

Los objetivos precisos que se pretenden con la Propuesta es, una vez aprobada, tener reglas más acordes con las necesidades actuales del tráfico jurídico, evitando arbitrariedades en la aplicación de conceptos anacrónicos. Además de armonizar el Derecho Español con los demás ordenamientos Europeos, para efectos de facilitar los negocios transfronterizos.²¹⁹

En lo que se refiere al incumplimiento contractual, la Propuesta señala que: “Especialmente insuficiente ha demostrado ser, a lo largo de muchos años de práctica jurídica, en los códigos decimonónicos el tratamiento de los incumplimientos contractuales. Carecen en ellos de regulación especial y de perfiles definidos y tampoco se encuentran armónicamente organizados los remedios y acciones que frente a los incumplimientos puede ejercitar quien los padece”.²²⁰ Lo mismo puede decirse del Código Civil chileno, cuyas disposiciones sobre esta materia no han sufrido cambios relevantes desde que

²¹⁷ Ibid.

²¹⁸ COMISIÓN General de Codificación Sección Civil del Ministerio de Justicia del Gobierno de España. *Op. Cit.* p. 11.

²¹⁹ Ibid.

²²⁰ COMISIÓN General de Codificación Sección Civil del Ministerio de Justicia del Gobierno de España. *Op. Cit.* p. 13.

fuera promulgado en 1855. Volviendo a la Propuesta, “[e]n el ámbito del incumplimiento se dota al acreedor de los instrumentos adecuados para restablecer el orden jurídico tales como la suspensión cautelar de la realización de su propia prestación, las acciones de cumplimiento, reducción del precio, resolución y finalmente la de resarcimiento de daños y perjuicios.”²²¹

En cuanto a la Teoría de Incumplimiento Anticipado, la Propuesta la reconoce en la Sección Cuarta (De la Resolución por Incumplimiento) del Capítulo VII (Del Incumplimiento) en los incisos segundo y tercero del artículo 1200:

“También podrá el acreedor resolver el contrato cuando exista un riesgo patente de incumplimiento esencial del deudor y éste no cumpla ni preste garantía adecuada de cumplimiento en el plazo razonable que el acreedor le haya fijado al efecto.

La fijación de plazo no será necesaria en ninguno de los casos a que se refieren los párrafos anteriores si el deudor ha declarado que no cumplirá sus obligaciones.”

Lo primero es determinar qué significa la exigencia “incumplimiento esencial”, ya que sólo el riesgo de un incumplimiento de dicho carácter justifica la utilización de este remedio. Dicho concepto se encuentra contemplado del inciso primero del art. 1199 que establece: “Cualquiera de las partes de un contrato podrá resolverlo cuando la otra haya incurrido en un incumplimiento

²²¹ COMISIÓN General de Codificación Sección Civil del Ministerio de Justicia del Gobierno de España. *Op. Cit.* p. 12.

que, atendida su finalidad, haya de considerarse como esencial.” En el inciso transcrito se hace referencia a la finalidad del contrato. Por lo tanto, estaremos ante un incumplimiento esencial cuando éste “frustre el fin pretendido por el contrato, o que –por emplear términos de los textos jurídicos internacionales antes citados- prive sustancialmente al acreedor de lo que legítimamente podía esperar conforme al contrato. Y ello al margen de la previsibilidad o no de tal resultado para el deudor, o de la imputabilidad o no del incumplimiento al mismo.”²²² Dicho concepto de incumplimiento coincide con el sostenido por el Tribunal Supremo español,²²³ el cual hace eco de las tendencias modernas en la materia.²²⁴ En efecto, el concepto de “incumplimiento esencial” es uno de carácter indeterminado, pero que pretende codificar un requisito actualmente exigido por la jurisprudencia española -no así por el Código Civil- para efectos de hacer valer el remedio resolutorio. De esta forma, el concepto puede ser integrado con lo que ha sido la jurisprudencia del Tribunal Supremo español y la doctrina relativa a la Convención de Viena, sin necesidad de que se dé una definición detallada de lo que “incumplimiento esencial” significa. Lo anterior

²²² GÓMEZ Calle, Esther. 2012. *Los remedios ante el incumplimiento del contrato: Análisis de la Propuesta de modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos y comparación con el Borrador del Marco común de referencia*. Anuario de Derecho Civil 65(1): 65 y 67.

²²³ SAN MIGUEL Pradera, Lis Paula. 2011. *La resolución por incumplimiento en la Propuesta para la Modernización del Derecho de obligaciones y contratos: ¿lo mejor es enemigo de lo bueno?* Madrid, Anuario de Derecho Civil 64(4): 1705.

²²⁴ GÓMEZ Calle, Esther. *Op. Cit.* p. 67.

permite que el concepto pueda seguir evolucionando sin tener que recurrir a una reforma legal.²²⁵

Se observa, además, que la Propuesta no diferencia, como sí lo hace la Convención de Viena, aquéllos casos en que resulta patente que incurrirá en incumplimiento (art.72 Convención de Viena: derecho a resolución) y en los que el acreedor tema razonablemente que el deudor no cumplirá (art.71 Convención de Viena: derecho a suspensión y a solicitar garantías de cumplimiento).²²⁶ Al omitir dicha distinción, la Propuesta sólo permite al acreedor resolver el contrato sin necesidad de fijar un plazo razonable para que el deudor cumpla u otorgue garantía, cuando nos encontramos en la hipótesis del inciso tercero del art. 1200 – esto es si el deudor ha declarado que no cumplirá sus obligaciones-. En los demás casos, siempre que haya una probabilidad relevante²²⁷ de incumplimiento esencial del deudor, el acreedor debe otorgar un plazo razonable para que se cumpla con lo prometido o se rinda garantía de ello. La razonabilidad del plazo otorgado va a estar determinada por las circunstancias particulares del caso.²²⁸ Sólo en el evento de que, pasado dicho plazo, no se haya cumplido u otorgado garantía de cumplimiento, el acreedor podrá resolver el contrato.

²²⁵ FENOY Picón, Nieves. 2011. *La modernización del régimen del incumplimiento en del contrato: Propuestas de la Comisión General de Codificación. Parte segunda: los remedios del incumplimiento*. Madrid, Anuario de Derecho Civil 64(4): 1584.

²²⁶ VIDAL Olivares, Alvaro. 2011. *Op. Cit.* p. 288.

²²⁷ FENOY Picón, Nieves. *Op. Cit.* p. 1593.

²²⁸ SAN MIGUEL Pradera, Lis Paula. *Op. Cit.* p. 1712.

En todo caso, transcurrido el plazo establecido por el acreedor, la resolución no será automática.²²⁹ Es necesario que el acreedor notifique al deudor de su decisión conforme al inciso segundo del artículo 1199 de la Propuesta: “La facultad de resolver el contrato ha de ejercitarse mediante notificación a la otra parte.” La notificación no requiere de formalidad alguna para su ejercicio y validez, pero si es recomendable recurrir a ellas para efectos de poder probar de forma efectiva e irrefutable que la notificación se llevó a cabo.²³⁰

El inciso tercero del artículo transcrito no presenta mayores problemas desde la óptica de lo que hemos analizado a lo largo del presente estudio. En caso de que se esté ante una repudiación inequívoca de sus obligaciones por parte del deudor, la parte afectada tiene el derecho a resolver el contrato en razón de dicha declaración, sin necesidad de otorgar plazo alguno al deudor para que cumpla. La única duda que cabe es en cuanto a la amplitud dada al concepto de “declaración”, es decir si se considera dentro de su campo de acción conductas que no sean la verbalización de la voluntad de no cumplir con lo pactado. Lo más razonable es pensar que se acoge un concepto amplio, en

²²⁹ GÓMEZ Calle, Esther. *Op. Cit.* p. 71. La profesora SAN MIGUEL sostiene que “sería conveniente especificar si, en la misma notificación de concesión de plazo adicional para cumplir, el acreedor puede declarar la resolución en caso de transcurso infructuoso del plazo, de tal manera que la resolución opere automáticamente una vez transcurrido el plazo.” La referida autora cree que no debería existir inconveniente para acoger tal posibilidad, ya que se encuentra en línea con el nuevo derecho de los contratos y además se satisface con el requisito de la notificación. SAN MIGUEL Pradera, Lis Paula. *Op. Cit.* p. 1713.

²³⁰ GÓMEZ Calle, Esther. *Op. Cit.* pp. 71-72.

el cual también se incluyen conductas que claramente significarán una manifestación tácita de la voluntad de no ejecutar lo prometido.

En este caso, la decisión de resolver el contrato también debe ser notificada al deudor incumplidor.

Los incisos segundo y tercero de la Propuesta significarían un cambio relevante respecto del estado actual del Código Civil español. En cuanto al inciso segundo, tendría su equivalente en el artículo 1503, inciso primero.²³¹ Ésta es una norma especial relativa sólo a la venta de inmuebles, y establece que cuando hay fundado temor de pérdida de la cosa inmueble vendida y el precio, el vendedor podrá resolver de forma inmediata. Por lo tanto, la Propuesta ofrece una generalización y regulación detallada de la norma contenida en el artículo 1503, inciso primero. En cuanto al inciso tercero del artículo 1200, también es una novedad en el Código español, no encontrándose en él ninguna institución equivalente.²³²

La resolución es compatible con acciones indemnizatorias²³³ y se prevé un efecto liberatorio²³⁴ y otro restitutorio²³⁵ en lo relativo a las prestaciones ya

²³¹Art. 1503 inciso primero Código Civil español: “Si el vendedor tuviere fundado motivo para temer la pérdida de la cosa inmueble vendida y el precio, podrá promover inmediatamente la resolución de la venta.”

²³² La profesora FENOY señala que es posible encontrar un equivalente a lo contenido en el artículo 1200 inciso tercero en la jurisprudencia española, en la figura de la “voluntad deliberadamente rebelde del deudor al cumplimiento”. FENOY Picón, Nieves. *Op. Cit.* p. 1593 - 1594.

²³³ Artículo 1202 inciso II y III: “Resuelto el contrato, quien haya ejercitado la acción resolutoria tiene derecho al resarcimiento de los daños y perjuicios que le haya causado el incumplimiento, conforme a lo dispuesto en los artículos 1205 y siguientes.

Se presume que el daño causado es como mínimo igual a los gastos realizados y al detrimento que sufra por las obligaciones contraídas en consideración al contrato resuelto.”

realizadas bajo el contrato. De esta forma, en la Propuesta, el incumplimiento anticipado cuenta con un remedio primario, la resolución, que sirve de puerta de entrada a otros remedios contractuales, como la restitución o la indemnización de perjuicios. Nos parece que la Propuesta ofrece una solución efectiva a los problemas con los que se enfrenta un acreedor cuando es objeto de incertidumbres respecto al cumplimiento futuro del deudor. Además, resulta destacable el hecho de que la Propuesta significa una importante innovación respecto del actual Código Civil español, en lo que respecta al tratamiento de la institución jurídica de la resolución. En efecto, la Propuesta trata la resolución del contrato por incumplimiento como un remedio contractual con un campo amplio de acción y no como una cuestión relativa a las obligaciones condicionales.²³⁶⁻²³⁷

²³⁴ Artículo 1202 inciso I: “La resolución libera a ambas partes de las obligaciones contraídas en virtud de del contrato, pero no afecta a las estipulaciones relativas a la decisión de controversias, ni a cualquiera otra que regule los derechos y obligaciones de las partes tras la resolución.”

²³⁵ Artículo 1203. “Resuelto el contrato, deberán restituirse las prestaciones ya realizadas y los rendimientos obtenidos de ellas. Si ambas partes están obligadas a la restitución, deberá realizarse simultáneamente.

Cuando no sea posible la restitución específica del objeto de la prestación o de los rendimientos obtenidos, deberá restituirse su valor en el momento en que la restitución se hizo imposible. Sin embargo, la parte que resuelva el contrato no estará obligada a restituir el valor si prueba que la pérdida o destrucción del objeto se produjo no obstante haber observado la diligencia debida.

El que restituye tiene derecho al abono de los gastos necesarios realizados en la cosa objeto de restitución. Los demás gastos serán abonados en cuanto determinen un enriquecimiento de aquél a quien se restituye.”

Artículo 1204. “En la resolución de los contratos de ejecución continuada o sucesiva, la obligación de restituir no alcanza a las prestaciones realizadas cuando entre prestaciones y contraprestaciones exista la correspondiente reciprocidad de intereses conforme al contrato en su conjunto.”

²³⁶ El cambio propuesto permite un tratamiento más orgánico y menos disperso de los remedios contracuales con los que cuenta el acreedor. Se destaca esta innovación debido a que la misma

vi) Conclusiones.

En primer término, se observa que todos los cuerpos normativos que acogen la Teoría velan, en un primer momento, por la subsistencia del contrato repudiado o respecto del cual se tienen fundados temores de que no será ejecutado. En efecto, el legislador recurre a diferentes formulas que tienen por objeto superar la situación y dando oportunidad al deudor para que disipe los temores que el acreedor tiene. Para ello se recurre a la figura de la suspensión de la ejecución o se impone la obligación de dar un plazo razonable al deudor para que otorgue garantías de cumplimiento.

En segundo lugar, en todos los casos se recurre a un concepto objetivo de incumplimiento, es decir, se prescinde de cualquier juicio de imputación al deudor y se evita explorar estados subjetivos del mismo. A lo único que se hace referencia es al fundado temor de un futuro incumplimiento esencial de las obligaciones contraídas bajo el contrato.

En tercer término, contada la excepción del UCC, el legislador recurre a la resolución como el remedio primario para los casos de incumplimiento por repudiación anticipada. Lo anterior, no es un impedimento para que el acreedor

situación que la Propuesta pretende resolver se encuentra presente en nuestro Código Civil en el título V del Libro Cuarto (art. 1489).

²³⁷ FENOY Picón, Nieves. *Op. Cit.* p. 1574.

pueda recurrir con posterioridad a otros remedios que no sean incompatibles con la resolución.

Por último, constatamos que la Teoría ha ido expandiendo sus fronteras alcanzando a legislaciones ajenas a la tradición del *commonlaw*. Lo que se constituye como una clara expresión del valor práctico de la doctrina. Su internacionalización es el mejor indicio de que la Teoría es una herramienta útil para problemas que se presentan con frecuencia en las relaciones contractuales.

V. INTEGRACIÓN CONVENCIONAL DE LA TEORÍA DE INCUMPLIMIENTO ANTICIPADO AL CONTRATO.

i) Introducción.

Nuestro ordenamiento no reconoce la Teoría de Incumplimiento Anticipado –contada la excepción que significa la incorporación como ley de la República de la Convención de Viena para el caso de la compraventa internacional-. Sin embargo, estimamos que es posible acceder a los beneficios que la Teoría ofrece, mediante ciertas técnicas contractuales generalmente reconocidas en nuestro Derecho. En efecto, creemos que, mediante un Pacto Comisorio, las partes pueden obtener resultados muy parecidos a los que los ordenamientos más modernos buscan a la hora de reconocer la Teoría del Incumplimiento Anticipado.

Como analizamos en capítulos anteriores, los fundamentos de la Teoría estriban en la necesidad de eliminar las incertidumbres y las pérdidas pecuniarias que se provocan cuando, en la época intermedia entre la formación del contrato y el día establecido para la ejecución de la obligación, la voluntad o habilidad del deudor para cumplir se ve notoriamente disminuida. Las partes pueden enfrentar de forma efectiva dicha incertidumbre, mediante cláusulas

contractuales que busquen proteger al acreedor ante tales eventos. Para dicho efecto, una herramienta útil y, además, reconocida en nuestro Derecho, es el Pacto Comisorio.

ii) El Pacto Comisorio.

En nuestro Código Civil el Pacto Comisorio está regulado en los artículos 1877 y siguientes²³⁸, a propósito del contrato de compraventa y, específicamente, respecto a la obligación de pagar el precio. Sin perjuicio de ello, y como explicaremos con en detalle más adelante, el Pacto puede ser acordado por las partes en cualquier tipo de contrato y respecto a cualquier tipo

²³⁸Art. 1877. Por el pacto comisorio se estipula expresamente que, no pagándose el precio al tiempo convenido, se resolverá el contrato de venta.

Entiéndese siempre esta estipulación en el contrato de venta; y cuando se expresa, toma el nombre de pacto comisorio, y produce los efectos que van a indicarse.

Art. 1878. Por el pacto comisorio no se priva al vendedor de la elección de acciones que le concede el artículo 1873.

(Art. 1873. Si el comprador estuviere constituido en mora de pagar el precio en el lugar y tiempo dichos, el vendedor tendrá derecho para exigir el precio o la resolución de la venta, con resarcimiento de perjuicios.)

Art. 1879. Si se estipula que por no pagarse el precio al tiempo convenido, se resuelva ipso facto el contrato de venta, el comprador podrá, sin embargo, hacerlo subsistir, pagando el precio, lo más tarde, en las veinticuatro horas subsiguientes a la notificación judicial de la demanda.

Art. 1880. El pacto comisorio prescribe al plazo prefijado por las partes, si no pasare de cuatro años, contados desde la fecha del contrato.

Transcurridos estos cuatro años, prescribe necesariamente, sea que se haya estipulado un plazo más largo o ninguno.

de obligación²³⁹ sin más límites que los establecidos por la ley, el orden público o la moral.²⁴⁰

El Pacto Comisorio –de acuerdo con su tipificación en el Código Civil- no tiene más objeto que hacer explícito en el contrato la Condición Resolutoria Tácita del artículo 1489 del Código Civil. En razón de dicho tratamiento legal del Pacto Comisorio, la doctrina en general lo ha estudiado a propósito de las obligaciones condicionales.²⁴¹ En razón de ello, se ha entendido que las normas relativas a las obligaciones condicionales, en general, y las relativas a la condición resolutoria, en particular, son aplicables de forma supletoria al Pacto.

Sin embargo, es posible hacer una nueva interpretación acerca del Pacto Comisorio y distinguirlo de la Condición Resolutoria Tácita. En efecto, el Pacto se constituye como uno de carácter accidental en virtud del cual las partes, haciendo uso de la autonomía de la voluntad, permiten que el contrato sea resuelto, en el caso de que alguna de las partes incumpla alguna de las

²³⁹RAMOS Pazos, René. *Op. Cit.* pp. 180 y 181. El profesor RAMOS señala que existen tres razones para aceptar dicha interpretación: (i) No es más que la Condición Resolutoria tácita expresada; (ii) En virtud de la autonomía de la voluntad, las partes pueden pactar cualquier estipulación que no atente contra la ley, la moral o el orden público; (iii) Únicamente por una razón histórica el pacto comisorio se ha ubicado dentro de los pactos accesorios a la compraventa (la *lexcomissoria del Derecho Romano*, de donde proviene ésta institución).

²⁴⁰ Art. 1475. La condición positiva debe ser física y moralmente posible.

Es físicamente imposible la que es contraria a las leyes de la naturaleza física; y moralmente imposible la que consiste en un hecho prohibido por las leyes, o es opuesta a las buenas costumbres o al orden público.

Se mirarán también como imposibles las que están concebidas en términos ininteligibles.

También el Art. 1887. Pueden agregarse al contrato de venta cualesquiera otros pactos accesorios lícitos; y se regirán por las reglas generales de los contratos.

²⁴¹BOTTESELLE M., Andrea. 2011. *El Pacto Comisorio como manifestación de la facultad resolutoria*. Santiago, Revista Chilena de Derecho Privado 17: 80.

obligaciones que ellas mismas determinen. En razón del Pacto, las partes estipulan de forma precisa y clara cuál es el incumplimiento que dará lugar a la resolución del contrato y la forma en que ésta operará. Así, no es necesario entrar en interpretación judicial respecto a si el incumplimiento fue esencial o no, como ocurriría con al Condición Resolutoria Tácita,²⁴² ya que las partes le han dado dicho carácter desde el momento en que acuerdan de forma expresa que la infracción a una determinada obligación da lugar a la resolución.²⁴³

Bajo esta interpretación se ha entendido que el Pacto Comisorio también es distinto a la Condición Resolutoria Ordinaria, es decir, a la pactada libremente por las partes en el contrato y en razón de la cual el contrato se resuelve de pleno derecho una vez verificada. Sostener lo contrario, significaría dejar al arbitrio del deudor la subsistencia del contrato, ya que la condición resolutoria ordinaria favorece a ambas partes. Así las cosas, verificado el incumplimiento el contrato siempre se resolvería, sin dejar opciones al acreedor afectado por el incumplimiento.²⁴⁴

En conclusión, y siguiendo la interpretación propuesta por la profesora BOTTESELLE y el profesor PIZARRO, consideramos que la mejor forma de aproximarse al Pacto Comisorio es desde la perspectiva del interés del

²⁴² La doctrina no es uniforme al respecto, pero algunos sectores exigen que, para que proceda la resolución del contrato en razón de la Condición Resolutoria tácita, es necesario que el incumplimiento sea respecto a una obligación esencial o de primera importancia para el contrato, lo que excluiría la resolución en el caso de incumplimiento de poca monta. Respecto a este debate véase: RAMOS Pazos, René. *Op. Cit.* pp. 168-170. También ABELIUK Manasevich, René. *Op. Cit.* p. 517; También PIZARRO Wilson, Carlos. 2006. *Op. Cit.* p. 255.

²⁴³ BOTTESELLE M., Andrea. *Op. Cit.* pp. 96 y 98; También PIZARRO Wilson, Carlos. 2006. *Op. Cit.* p. 255.

²⁴⁴ BOTTESELLE M., Andrea. *Op. Cit.* p. 90.

acreedor, es decir, entenderlo como un remedio con el que él cuenta, en el evento de producirse el incumplimiento dentro de los parámetros establecidos por las mismas partes en el contrato. Desde esta perspectiva, el pacto se constituye como una sanción a la parte que incumple con lo pactado.²⁴⁵ En otras palabras, el Pacto Comisorio da derecho al acreedor –y solamente a él- a resolver el contrato o exigir su cumplimiento forzado, ambos con indemnización de perjuicios, en el caso que se produzca el incumplimiento de la obligación que las mismas partes señalen, es decir, no necesariamente en el caso de que se incumpla la obligación principal. Por lo tanto, es perfectamente posible que las partes acuerden supuestos distintos a los concebidos por la ley (el pago del precio en al compraventa) para efectos de que el Pacto opere en un contrato determinado.

Acá se reivindica la función sancionatoria del pacto comisorio, la cual, a su vez, se constituye como una expresión de la autonomía de la voluntad y “una manifestación de la fuerza obligatoria de los contratos”²⁴⁶: se resuelve el contrato una vez verificado el incumplimiento al que las partes libremente le han dado efecto resolutorio en el contrato. Con ello se busca ampliar el campo de aplicación del pacto comisorio a otras obligaciones y en otros términos a los expresamente contemplados en nuestro Código Civil, primando la libertad contractual.

²⁴⁵BOTTESELLE M., Andrea. *Op. Cit.* pp. 91-92. La profesora BOTTESELLE nos enseña que esa es la visión que en el Derecho Romano se tenía del Pacto Comisorio, como una estipulación hecha en beneficio del vendedor; PIZARRO Wilson, Carlos. 2006. *Op. Cit.* p. 246.

²⁴⁶PIZARRO Wilson, Carlos. 2006. *Op. Cit.* p. 249.

Sin perjuicio de lo dicho, la mayoría de la doctrina se inclina a estudiar el Pacto a propósito de las obligaciones condicionales y, por lo tanto, aplicar las normas relativas a éstas de forma supletoria a la voluntad de las partes. Más adelante veremos que en cualquiera de los casos propuestos, sea que se entienda como una condición resolutoria o como un remedio contractual, la incorporación de la Teoría de Incumplimiento Anticipado en el contrato mediante un Pacto Comisorio es posible para las partes, ya que es un pacto totalmente lícito.

En conclusión, lo que se propone es que las partes acuerden que se otorgue el derecho de exigir el cumplimiento forzado o resolución del contrato con indemnización de daños, en el caso de que, con anterioridad a la exigibilidad de la obligación, fuese evidente que la contraparte no quiere o no puede cumplir con lo prometido. De esta forma, la circunstancia bajo la cual opera el Pacto Comisorio no será el incumplimiento actual de la obligación principal, sino que el evento de un incumplimiento del deber de no repudiar el contrato o de conservar la habilidad para cumplirlo. Las partes deben ser explícitas y claras en la determinación de qué incumplimiento dará lugar a la resolución del contrato. Así, para que la cláusula propuesta en este trabajo tenga los efectos deseados, las partes deberán señalar de forma inequívoca que están obligadas a no repudiar el contrato y que se comprometen a conservar la habilidad física y moral para dar cumplimiento al contrato conforme a los términos del mismo. Además, se deberá señalar que el incumplimiento de

dichas obligaciones, permite al acreedor afectado resolver unilateralmente el contrato, exigir su cumplimiento forzado, si éste es posible, y a ser compensado por los daños que sufra, en caso de que el incumplimiento de las obligaciones a las que da lugar a los efectos del Pacto fuere imputable al deudor (salvo que las partes alteren las reglas generales de responsabilidad contractual, haciendo responsable al deudor incluso en los casos en que el incumplimiento es inimputable a éste).

Las partes podrían incluso prescindir de la intervención judicial mediante el acuerdo de un Pacto Comisorio calificado. En éste tipo de cláusula se acuerda que, en el evento de que se verifique el incumplimiento de la o las obligaciones contempladas en el pacto, el contrato se resuelva *ipso facto* o de pleno derecho. Bajo ésta hipótesis, el acreedor mantiene a salvo la acción de indemnización de perjuicios.²⁴⁷ Es más, en el caso de que se estime que lo más adecuado es interpretar el Pacto Comisorio como una condición resolutoria, conforme a lo establecido en el artículo 1487,²⁴⁸ al estar establecida la condición a favor del acreedor, podrá optar por la resolución o subsistencia del contrato para efectos de exigir su cumplimiento forzado.²⁴⁹

El Pacto Comisorio Calificado, también es regulado en nuestro Código en sus disposiciones relativas al contrato de compraventa. Dicha normativa se

²⁴⁷ ABELIUK Manasevich, René. *Op. Cit.* p. 529.

²⁴⁸ Art. 1487. Cumplida la condición resolutoria, deberá restituirse lo que se hubiere recibido bajo tal condición, a menos que ésta haya sido puesta a favor del acreedor exclusivamente, en cuyo caso podrá éste, si quiere, renunciarla; pero será obligado a declarar su determinación, si el deudor lo exigiere.

²⁴⁹ ABELIUK Manasevich, René. *Op. Cit.* p. 529.

constituye como una limitación de la voluntad de las partes desde el momento en que impide que la resolución opere de forma inmediata, en perjuicio de lo pactado por las partes, obligando al acreedor a recurrir a los tribunales de justicia y, además, otorgando un plazo de gracia de 24 horas al deudor para que pague el precio de la cosa.²⁵⁰ Se ha entendido que dichas normas son indisponibles para las partes, pero que su aplicación se encuentra limitada de forma exclusiva al caso del incumplimiento de la obligación de pagar el precio en el contrato de compraventa. En los demás casos rige la voluntad de las partes, resolviéndose el contrato de pleno derecho o conforme al procedimiento que ellas mismas establezcan.²⁵¹ En efecto, las partes pueden pactar que la resolución no opere de inmediato luego del incumplimiento, sino que en razón de una comunicación del acreedor en la que hace saber al deudor de su decisión de resolver el contrato con motivo del incumplimiento de alguna obligación.²⁵² Si las partes nada dicen al respecto, la resolución operará por el solo incumplimiento, sin necesidad de trámite posterior alguno. En cualquiera de las alternativas planteadas, las partes evitan la intervención judicial, lo que permite que el procedimiento sea más expedito.

Parece recomendable utilizar un procedimiento que incluya la notificación por parte del acreedor al deudor de su decisión de resolver el contrato, ya que

²⁵⁰ Art. 1879. Si se estipula que por no pagarse el precio al tiempo convenido, se resuelva ipso facto el contrato de venta, el comprador podrá, sin embargo, hacerlo subsistir, pagando el precio, lo más tarde, en las veinticuatro horas subsiguientes a la notificación judicial de la demanda.

²⁵¹ PIZARRO Wilson, Carlos. 2006. *Op. Cit.* p. 252.

²⁵² PIZARRO Wilson, Carlos. 2006. *Op. Cit.* p. 253.

ofrece la oportunidad de que se renuncie a la resolución y permite insistir en el cumplimiento.²⁵³ De esta forma, el acreedor puede optar por la solución que más satisfacción entregue a sus intereses al momento de producirse el incumplimiento.

El Pacto Comisorio Calificado ofrece la ventaja de evitar los gastos de recursos materiales y temporales que significan la intervención judicial. Esto, sin perjuicio de que dicha intervención pueda operar con posterioridad a la resolución. En efecto, la intervención judicial se podrá dar a propósito de dos situaciones: (i) En caso de que el deudor alegue la improcedencia de la resolución por no verificarse los presupuestos establecidos para ella, pretensión que en caso de ser acogida le permitirá ser compensado por el daño sufrido; y (ii) en el caso de que el incumplimiento que da lugar a la resolución sea uno imputable al deudor y el acreedor reclame la indemnización de los perjuicios provocados por dicho incumplimiento.²⁵⁴

Cabe precisar, que el hecho de que, una vez operada la resolución, se encuentre disponible la acción de indemnización de daños, no significa que ella va a ser necesariamente acogida. Es posible concebir situaciones en las que se haga evidente el incumplimiento y que, por lo tanto, sea procedente la resolución, sin que por ello se cumplan con los requisitos para dar lugar a la pretensión indemnizatoria. Un ejemplo claro de ello es cuando la razón del incumplimiento tiene su origen en un caso fortuito o fuerza mayor. Para que el

²⁵³PIZARRO Wilson, Carlos. 2006. *Op. Cit.* p. 254.

²⁵⁴PIZARRO Wilson, Carlos. 2006. *Op. Cit.* p. 256.

Pacto pueda operar de la forma propuesta, es necesario que las partes explícitamente señalen que éste producirá efectos incluso en el caso de que nos encontremos ante un incumplimiento futuro inimputable al deudor, ya que eso implica alterar las reglas generales de responsabilidad contractual y prescindir de uno de los elementos que la doctrina mayoritaria estima como necesario para dar lugar a la resolución del contrato.

iii) Licitud de la cláusula.

Sostenemos que la cláusula propuesta es perfectamente lícita, por lo que su inclusión en el contrato por las partes no debería enfrentar ningún problema.

Como dijimos anteriormente, el límite al cual se enfrentan las partes para efectos de pactar algún tipo de cláusula es que ella sea lícita, es decir, que no se encuentre prohibida por la ley o contradiga la moral u orden público.²⁵⁵ Fuera de esos casos nos encontramos en un plano donde opera plenamente la autonomía de la voluntad.²⁵⁶

El hecho de que el Código regule el Pacto a propósito del contrato de compraventa y, específicamente, respecto a la obligación de pagar el precio, no excluye la posibilidad de que las partes puedan incorporarlo en otros contratos y

²⁵⁵ Art. 1887. Pueden agregarse al contrato de venta cualesquiera otros pactos accesorios lícitos; y se regirán por las reglas generales de los contratos.

²⁵⁶ ABELIUK Manasevich, René. *Op. Cit.* p. 522.

respecto a otras obligaciones.²⁵⁷ El Pacto Comisorio es un elemento accidental del contrato que se encuentra regulado en el contrato de compraventa sólo por razones históricas. Su aplicabilidad es general, siempre que se encuentre suscrita en términos tales que se respeten los Principios Generales del Derecho.

Por otro lado, el hecho de que se pacte que se autoriza a una de las partes a resolver unilateralmente el contrato ante el evento de que el deudor declara, expresa o tácitamente, que no desea cumplir con lo prometido o que no puede hacerlo por razones ajenas a su voluntad, nos parece que no es más que explicitar uno de los deberes que surgen de la buena fe objetiva. En efecto, el artículo 1546²⁵⁸, a nuestro juicio, impone el deber al deudor de no comprometer la posibilidad de cumplimiento de lo prometido, ya que las partes se encuentran obligadas a todas las cosas que emanan de la naturaleza de la obligación, o que por ley o la costumbre pertenecen a ella.

Parece difícil imaginar un deber más evidentemente acorde con la buena fe que aquel que impone al deudor la obligación de no repudiar la obligación con anterioridad a que ella sea exigible. En efecto, si atendemos a lo que se ha entendido como el contenido de la buena fe, esto es como “la lealtad en los tratos y el proceder honesto, esmerado y diligente; la fidelidad a la palabra dada; no defraudar la confianza que objetivamente se ha suscitado a los

²⁵⁷ BOTTESELLE M., Andrea. *Op. Cit.* p. 73.

²⁵⁸ Art. 1546: Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley o la costumbre pertenecen a ella.

demás, ni abusar de ella, conducirse conforme cabe esperar de quienes con honrado proceder intervienen en el tráfico jurídico como contratantes o partícipes en él en virtud de otras relaciones jurídicas”,²⁵⁹ no cabe duda de que la repudiación anticipada de una obligación es contraria a ella. La confianza subyacente y necesaria para el pleno desarrollo de la relación jurídica contractual se vería, a los ojos de una persona razonable, considerablemente mermada ante una conducta repudiatoria por parte del deudor. El daño intencional a dicha confianza, se constituye, a nuestro juicio, como una contravención a los deberes que surgen del principio de la buena fe, ya que es ella la que impone la obligación de no traicionar la legítima creencia depositada por la contraparte en el hecho de que el deudor hará todo lo que esté a su alcance para que el contrato tenga un desarrollo exitoso.

En resumen, a toda relación contractual subyace un acto de confianza recíproco entre las partes; el principio de la buena fe protege dicha confianza imponiendo el deber de no hacer nada que la pueda dañar; la repudiación anticipada de una obligación se constituye como un ataque grave a la confianza depositada por una parte en la otra; por lo tanto, explicitar la obligación de no repudiar la obligación, se encuentra en línea con las directrices que la buena fe impone a las partes. Con esto no queremos decir que nuestro ordenamiento contemple la Teoría de Incumplimiento Anticipado, pero sí que sus fundamentos y supuestos de operatividad no se encuentran en contradicción con los

²⁵⁹ DIEZ-PICAZO, Luis. 1996. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. 5ta Edición, Madrid, Editorial Civitas, Vol. I, p. 50.

Principios Generales del mismo.

Lo dicho hasta ahora tiene por objeto argumentar a favor del Pacto Comisorio sea que éste se entienda como una condición resolutoria o como un remedio contractual (interpretación sugerida por la profesora BOTTESELLE y el profesor PIZARRO que analizamos con anterioridad). Ya que la mayoría de la doctrina trata el Pacto a propósito de las obligaciones condicionales, es necesario que nos detengamos en algunos elementos de dicho tipo de obligaciones, ya que plausiblemente se podría estimar que atentan contra la validez de la cláusula propuesta.

En lo que se refiere al plano de la repudiación del contrato (por oposición al incumplimiento involuntario), se podría sostener, en el caso de que se estime como más apropiado entender el pacto comisorio como una condición resolutoria, que aquel pacto en virtud del cual se resuelve un contrato, por la declaración de voluntad de parte del deudor en la que señala que no va a cumplir con su obligación, constituye una condición meramente potestativa. Conforme el artículo 1478 inciso 1º “[s]on nulas las obligaciones contraídas bajo una condición potestativa que consista en la mera voluntad de la persona que se obliga.” Se ha entendido que el espíritu de dicha disposición, apunta a la idea de tener por nulos los contratos en los que no existe una voluntad seria de obligarse. Por lo que dicha norma, según la mayoría de la doctrina, se refiere solamente a las condiciones suspensivas. Esto porque en el caso de las condiciones resolutorias, las obligaciones nacen perfectas y producen sus

efectos desde el momento en que se forma el contrato, por lo que la voluntad de obligarse es clara desde el principio.²⁶⁰ Además, el mismo Código Civil autoriza condiciones resolutorias meramente potestativas en el caso de las donaciones revocables²⁶¹ y el pacto de retroventa.²⁶²⁻²⁶³ En último término, debemos tener en cuenta la norma del artículo 1487 citada anteriormente y que es común a toda condición resolutoria,²⁶⁴ en razón de la cual el acreedor puede evitar la resolución del contrato optando oportunamente por la ejecución forzada del mismo. Por lo dicho, siempre existirá la posibilidad de que la resolución provocada por el deudor sea enervada por el acreedor. Así las cosas, nos encontramos ante una condición resolutoria que, a la hora de producir sus efectos, no depende de la mera voluntad de la persona que se obliga, sino que también de la del acreedor.

En cuanto a las hipótesis de imposibilidad involuntaria de cumplimiento (i.e. caso fortuito; fuerza mayor), nos parece que nuevamente nos encontramos ante espacios donde la autonomía de la voluntad opera con libertad. Es decir, las partes pueden disponer que el deudor se haga cargo del riesgo de un eventual caso fortuito. Para efectos de la cláusula que acá analizamos, esto significaría que ante la imposibilidad involuntaria de cumplimiento, proceda de

²⁶⁰ PIZARRO Wilson, Carlos. 2006. *Op. Cit.* p. 253.

²⁶¹ Art. 1136 inc. 1º. Donación revocable es aquella que el donante puede revocar a su arbitrio.

²⁶² Art. 1881. Por el pacto de retroventa el vendedor se reserva la facultad de recobrar la cosa vendida, reembolsando al comprador la cantidad determinada que se estipulare, o en defecto de esta estipulación lo que le haya costado la compra.

²⁶³ RAMOS Pazos. *Op. Cit.* pp. 136 y 137.

²⁶⁴ ABELIUK Manasevich, René. *Op. Cit.* p. 529.

todas formas la resolución del contrato si el acreedor así lo desea. Es decir, significa prescindir de imputabilidad del incumplimiento como requisito para la procedencia de la resolución. Estimamos que si es lícito que las partes pacten que no se libere al deudor de la responsabilidad contractual por incumplimiento a pesar de haber mediado un caso fortuito,²⁶⁵ no vemos por qué razón sería ilícita una disposición equivalente para efectos de la resolución del contrato. Por lo dicho, estimamos que la cláusula propuesta puede lícitamente abarcar los casos de imposibilidad involuntaria de cumplir con lo prometido, de la misma forma en que lo hacen los ordenamientos que contemplan la Teoría del Incumplimiento Anticipado dentro de sus disposiciones.

iv) Cláusula modelo.

Con las descripciones dadas, es posible elaborar ejemplos de lo que podría ser una cláusula que incorpore la Teoría de Incumplimiento Anticipado al

²⁶⁵ El Código Civil reconoce que está dentro del campo de la autonomía de la voluntad de las partes el aleterar las reglas de responsabilidad haciéndolas más exigentes, como sería en el caso de que se haga responsable al deudor del caso fortuito. Ejemplos de ello encontramos en el artículo 1547 inc final: “(...)

El deudor no es responsable del caso fortuito, a menos que se haya constituido en mora (siendo el caso fortuito de aquellos que no hubieran dañado a la cosa debida, si hubiese sido entregada al acreedor), o que el caso fortuito haya sobrevenido por su culpa.

La prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo; la prueba del caso fortuito al que lo alega.

Todo lo cual, sin embargo, se entiende sin perjuicio de las disposiciones especiales de las leyes, y de las estipulaciones expresas de las partes.”

Otro caso es el del artículo 1673: “Si el deudor se ha constituido responsable de todo caso fortuito, o de alguno en particular, se observará lo pactado.”

Véase ABELIUK Manasevich, René. *Op. Cit.* p. 835.

contrato mediante un pacto comisorio.

Por ejemplo:

Cláusula *n* (Pacto Comisorio Simple):

(1) Las partes acuerdan que el acreedor podrá resolver el contrato o exigir su cumplimiento forzado, ambos con indemnización de perjuicios, en el caso de que el deudor repudie la o las obligación(es) contraída(s) bajo el presente contrato, con anterioridad a la exigibilidad de la(s) misma(s). Se entiende como repudiación cualquier conducta que manifieste, expresa o tácitamente, una voluntad clara de no cumplir con lo prometido.

(2) Podrá resolver también el contrato, en el caso de que, por razones ajenas a la voluntad del deudor y con anterioridad a la exigibilidad de la(s) obligación(es), sea claro, desde la perspectiva de un hombre razonable, que el cumplimiento de lo prometido bajo el presente contrato se ha vuelto imposible. En este caso, no será procedente la indemnización de los daños causados al acreedor y que sean causa directa o indirecta de la resolución del contrato conforme a esta cláusula.

Otro ejemplo:

Cláusula n (Pacto Comisorio Calificado):

(1) Las partes acuerdan que el acreedor podrá resolver el contrato de inmediato (*ipso facto*, sin necesidad de intervención judicial) o exigir su cumplimiento forzado, ambos con indemnización de perjuicios, en el caso de que el deudor repudie la o las obligación(es) contraída(s) bajo el presente contrato, con anterioridad a la exigibilidad de la(s) misma(s). Se entiende como repudiación cualquier conducta que manifieste, expresa o tácitamente, una voluntad clara de no cumplir con lo prometido.

(2) Podrá resolver también el contrato de inmediato (*ipso facto*, sin necesidad de intervención judicial), en el caso de que, por razones ajenas a la voluntad del deudor y con anterioridad a la exigibilidad de la(s) obligación(es), sea claro, desde la perspectiva de un hombre razonable, que el cumplimiento de lo prometido bajo el presente contrato se ha vuelto imposible. En este caso no será procedente la indemnización de los daños causados al acreedor y que sean causa directa de la resolución del contrato conforme a esta cláusula.

(3) En cualquiera de los casos anteriores, el acreedor deberá comunicar, mediante carta certificada al domicilio del deudor, en un plazo comercialmente razonable que no exceda de treinta (30) días, su decisión de resolver el contrato o insistir en él.

La incorporación de una cláusula como la propuesta permite determinar de forma clara y precisa las obligaciones a las cuales se encuentra sujeto el

derecho de solicitar la resolución del contrato. La idea es evitar el uso de cláusulas genéricas, respecto de las cuales se pueda cuestionar su validez.²⁶⁶

Cabe mencionar que en los ejemplos propuestos se distinguen dos situaciones:

i) En el numeral (1), los casos de repudiación, sea ella explícita o tácita. Con eso queremos decir que se contemplan en dicho numeral, los casos en que el deudor declara de forma explícita su voluntad de no cumplir con lo prometido y también los casos en que dicha voluntad se infiere de la conducta desplegada por el deudor. Así, por ejemplo, caerá dentro del campo de aplicación de este numeral casos en que, con anterioridad a la exigibilidad de la obligación, el deudor comunica mediante correo al acreedor que no cumplirá con su obligación bajo ninguna circunstancia, o el caso en que el deudor transfiere o destruye voluntariamente la cosa objeto del contrato. Así, se incluyen todos los casos en que es clara la voluntad de no cumplir, sea que se manifieste mediante expresiones verbales o haciendo imposible el cumplimiento de lo prometido (sea que lo haga el mismo deudor, o personas que están bajo su responsabilidad u terceros, previo encargo del mismo deudor).

ii) En el numeral (2), se contemplan los casos de imposibilidad involuntaria de cumplir con lo prometido. La idea acá es que, a pesar de que el incumplimiento futuro no sería imputable al deudor, las partes puedan resolver el contrato de forma inmediata, para efectos de que estén habilitadas para

²⁶⁶BOTTESELLE M., Andrea. *Op. Cit.* p. 96.

destinar su atención y recursos a otros negocios que sí tengan perspectivas de éxito y concreción material. No se busca ampliar el campo de responsabilidad del deudor, ya que, al menos en la cláusula propuesta, no será procedente la indemnización de daños, sino que sólo la resolución de un contrato que no tiene posibilidad de cumplirse conforme a lo pactado. Si dicha imposibilidad es clara con anterioridad a la exigibilidad de la obligación, lo mejor es que se permita romper el vínculo contractual cuanto antes, evitando demoras innecesarias.

En el caso de que se haya realizado algún tipo de prestación o traspaso por parte del acreedor al deudor, o viceversa, será procedente, así como en cualquier resolución, la restitución de lo que se haya dado con motivo del contrato resuelto.

Además, en el caso del Pacto Comisorio Calificado, hemos optado por imponer al acreedor el deber de comunicar al deudor su decisión de resolver el contrato. Así, la resolución operará luego de que el deudor sea notificado de la medida adoptada por el acreedor. En todo caso, la intervención judicial *a priori* no es necesaria, pero la resolución no se producirá sin previa notificación mediante carta certificada. Esto no ocurre en el caso del Pacto Comisorio Simple, en dicho ejemplo será necesaria la intervención judicial y mediante la notificación de la demanda el deudor se enterará de la decisión adoptada por el acreedor de resolver el contrato o solicitar su cumplimiento forzado.

La cláusula propuesta ofrece la posibilidad de acceder a los beneficios que la Teoría de Incumplimiento Anticipado contempla, sin corromper las

normas y principios de nuestro ordenamiento. Es más, consideramos que se presenta una técnica contractual que permite obtener nuevas ventajas de instituciones que se encuentran contempladas en nuestro Código Civil y que se encuentran en plena armonía con el principio de la buena fe.

VI. CONCLUSIONES FINALES.

1) Nos encontramos, a nivel internacional, ante un proceso que tiene como objetivo la modernización del Derecho de las Obligaciones y Contratos. Dentro de dicho contexto, especial atención han recibido las normas relativas al incumplimiento contractual.

2) En los ordenamientos de tradición anglosajona, en los de tradición continental que se han reformado o se encuentran en camino a reformar sus Códigos Civiles y a nivel de Derecho Internacional, se ha entendido que es necesario dotar al acreedor de más y mejores recursos para combatir los efectos que puede tener el incumplimiento en la persecución de sus intereses legítimos. Se ha tendido a la sistematización de los remedios contractuales, ampliación de los mismos y a la flexibilización y desformalización en la forma de ejercitarlos. Todas esas tendencias tienen como foco el interés del acreedor.

3) Nuestro Código Civil no se encuentra exento de los problemas que en otros ordenamientos ha llevado a la autoridad legislativa a reformar las normas relativas al Derecho de las Obligaciones y Contratos o, al menos, a estudiar la posibilidad de su modificación. Por lo que se hace recomendable estudiar las soluciones que otros ordenamientos han alcanzado para efectos de combatir dicho diagnóstico.

4) La Teoría de Incumplimiento Anticipado se ha presentado como una solución efectiva, y en armonía con principios de justicia y eficiencia, a algunos de los problemas con los que se enfrenta el acreedor bajo determinadas formas de incumplimiento. Tanto así, que está siendo aceptada por ordenamientos ajenos a la tradición jurídica donde dicha teoría tuvo su origen, así como a nivel de Derecho Internacional, a través de la Convención de las Naciones Unidas sobre Compraventa Internacional de Mercaderías.

5) Dicha situación hace necesario el estudio y análisis de una institución que es ajena a nuestra tradición jurídica, pero que, en los últimos años, ha abierto paso a su internacionalización y a nuevas tradiciones jurídicas, por lo que nuestro contacto con la misma debería ser cada vez más frecuente.

6) Sin perjuicio de que la Teoría de Incumplimiento anticipado no se encuentra reconocida en nuestro Código Civil, es posible que ella sea integrada en el contrato por las partes mediante una cláusula accidental: el pacto comisorio. Ese tipo de cláusula se encuentra en perfecta armonía con instituciones de nuestro Código Civil (e.g. autonomía de la voluntad, buena fe objetiva, condición resolutoria, mora purga la mora y pacto comisorio), por lo que su licitud es evidente. Reivindicamos, además, una función sancionatoria del pacto comisorio, que tiene por objeto la satisfacción del interés del acreedor siempre que se verifique el incumplimiento al cual las partes libremente le dieron fuerza resolutoria. Así, entendemos que es necesario superar las rigideces que implican hacer extensivas las reglas relativas al pacto comisorio

contempladas en nuestro Código Civil a propósito del pago del precio en la compraventa, a todos los contratos donde dicho pacto sea incorporado por las partes.

7) Mediante dichas cláusulas las partes pueden acceder a los beneficios que la doctrina y derecho internacional han reconocido a la Teoría de Incumplimiento Anticipado. En efecto, es posible, mediante la misma, disipar las incertidumbres y pérdidas pecuniarias que ésta implica, en caso de que el deudor declara anticipadamente que no podrá cumplir con lo pactado o en el evento de que se haga patente que no está en condiciones de ejecutar lo prometido.

VIII. BIBLIOGRAFÍA.

1. ABELIUK Manasevich, René. 2008. *Las Obligaciones*. 5ta Edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
2. ALBIEZ Dohrmann, Klaus Joachen. 2002. *Un nuevo Derecho de obligaciones. La Reforma 2002 del BGB*. Madrid. Anuario de Derecho Civil 55 (3).
3. BALLANTINE, Henry. 1924. *Anticipatory Breach and the enforcement of contractual duties*. Michigan Law Review 22.
4. BARROS Bourie, Enrique. 2008. *Finalidad y alcance de las acciones y los remedios contractuales*. En: GUZMÁN Brito, Alejandro (coordinador), Estudios de Derecho Civil III: "Jornadas Nacionales de Derecho Civil Valparaíso 2007", Santiago, LexisNexis.
5. BERNASCONI, Christopher. 1999. *The Personal and Territorial Scope of the Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods (Article 1)*. Netherlands International Law Review 46.

6. BOTTESELLE M., Andrea. 2011.*El Pacto Comisorio como manifestación de la facultad resolutoria*. Santiago, Revista Chilena de Derecho Privado 17.
7. COMISIÓN General de Codificación Sección Civil del Ministerio de Justicia del Gobierno de España. 2009. *Propuesta de Antproyecto de Ley de modernización del Derecho de obligaciones y contratos*. Madrid, Imprenta Nacional del Boletín Oficial del Estado.
8. CORBIN, Arthur Linton. 1963.*Corbin on contracts*. St. Paul, West Publishing, Tomo 4.
9. DIEZ-PICAZO, Luis. 1996.*Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. 5ta Edición, Madrid, Editorial Civitas.
10. DUKE University School of Law. 2011.*Research Guide: Uniform Comercial Code*. [en línea] <<http://law.duke.edu/lib/researchguides/pdf/ucc.pdf>> [consulta 12 noviembre 2013].
11. EBERS, Martin. 2003.*La nueva regulación del incumplimiento contractual en el BGB, tras la Ley de modernización del Derecho de obligaciones de 2002*. Anuario de Derecho Civil 56(4).
12. FENOY Picón, Nieves. 2011.*La modernización del régimen del incumplimiento en del contrato: Propuestas de la Comisión General de Codificación. Parte segunda: los remedios del incumplimiento*. Madrid, Anuario de Derecho Civil 64(4).

13. GÓMEZ Calle, Esther. 2012. *Los remedios ante el incumplimiento del contrato: Análisis de la Propuesta de modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos y comparación con el Borrador del Marco común de referencia*. Anuario de Derecho Civil 65(1).
14. HONNOLD, John O. 1999. *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*. 3rd edition, Kluwer Law International, La Haya.
15. JACKSON, Thomas. 1978. *Anticipatory Repudiation and the Temporal Element of Contract Law An Economic Inquiry into Contract Damages in Cases of Prospective Non-performance*. Stanford Law Review 31.
16. LIMBURG, Herbert R. 1925. *Anticipatory Repudiation of Contracts*. The Cornell Law Quarterly 10(2).
17. LIU, Qiao. 2005. *Claiming damages upon an anticipatory breach: why should an acceptance be necessary?* Legal Studies 25.
18. LIU, Qiao. 2007. *Inferring Future Breach: Towards a Unifying Test of Anticipatory Breach of Contract*. Cambridge Law Journal, 66(3).
19. LIU, Qiao. 2008. *Test of fundamentality in anticipatory breach cases: Spirent v Quake*. Canadian Business Law Journal 46.
20. PANTELEÓN Prieto, Fernando. 1993. *Las nuevas bases de la responsabilidad contractual*. Anuario de Derecho Civil 46(4).

21. PERILLO, Joseph. 2003. *Calamari and Perillo on contract*. Fifth Edition, St. Paul, Thompson West.

22. PIZARRO Wilson, Carlos. 2004. *Notas críticas sobre el fundamento de la fuerza obligatoria del contrato. Fuentes e interpretación del artículo 1545 del Código Civil chileno*". En Revista Chilena de Derecho, vol. 31 N° 2.

23. PIZARRO Wilson, Carlos. 2006. *Las Cláusulas Resolutorias en el Derecho Civil chileno*. Santiago, Cuadernos de Actualidad Jurídica, vol. 3.

24. PIZARRO Wilson, Carlos. 2008. *Hacia un sistema de remedios al incumplimiento contractual*. En: GUZMÁN Brito, Alejandro (coordinador), Estudios de Derecho Civil III: "Jornadas Nacionales de Derecho Civil Valparaíso 2007", Santiago, LexisNexis.

25. RAMOS Pazos, René. 2004. *De las obligaciones*. Santiago, LexisNexis.

26. ROSETT, Arthur. 1981. *Partial, Qualified, and Equivocal Repudiation of Contract*. Columbia Law Review 81.

27. ROWLEY, Keith A. 2001. *A brief history of anticipatory repudiation in american contract law*. The University of Cincinnati Law Review 69.

28. SAN MIGUEL Pradera, Lis Paula. 2011. *La resolución por incumplimiento en la Propuesta para la Modernización del Derecho de obligaciones y contratos: ¿lo mejor es enemigo de lo bueno?* Madrid, Anuario de Derecho Civil 64(4).

29. SQUILLANTE, Alphonse. 1972. *Anticipatory repudiation and retraction*. Revista de Derecho de la Universidad de Valparaíso 7.

30. STRUB, M. Gilbey. 1989. *The Convention on the International Sale of Goods: Anticipatory Repudiation Provisions and Developing Countries*. International and Comparative Law Quarterly 38.

31. VIDAL Olivares, Alvaro. 2007. *El incumplimiento de obligaciones con objeto fungible y los remedios del acreedor afectado. Una relectura de las disposiciones del Código Civil sobre incumplimiento*. En: GUZMÁN Brito Alejandro. (editor). *El Código Civil de Chile (1855-2005)*, Santiago, LexisNexis.

32. VIDAL Olivares, Álvaro, *El cambio de paradigma en el incumplimiento contractual*. En: CARVAJAL, Patricio y MIGLIETTA, Massimo (coordinadores). *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Alejandro Guzmán Brito*. 2011. (en prensa).

33. VIDAL Olivares, Alvaro. 2011. *El incumplimiento y los remedios del acreedor en la Propuesta de modernización del derecho de las obligaciones y contratos español*. Revista Chilena de Derecho Privado 16.
34. VIVES Montero, María Luisa. 2002. *Traducción de la reforma 2002 del BGB*. Madrid. Anuario de Derecho Civil 55 (3).
35. VOLD, Lauriz. 1926. *Withdrawal of Repudiation after Anticipatory Breach of Contract*. Texas Law Review 5.
36. VOLD, Lauriz. 1927. *Repudiation of Contracts*. Nebraska Law Bulletin 5(3).
37. WILLISTON, Samuel. 1900. *Repudiation of contracts*. Harvard Law Review 14.
38. WILLISTON, Samuel. 1957. *Williston on contracts*. Third Edition, New York, Baker Voorhis.
39. WIESNER, Donald A., KLOTCHMAN, Janisse. 1982-1983. *Anticipatory breach and the unilateral contract: a decade of the status quo?* University of Dayton Law Review 8.